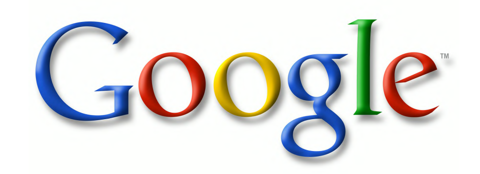


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

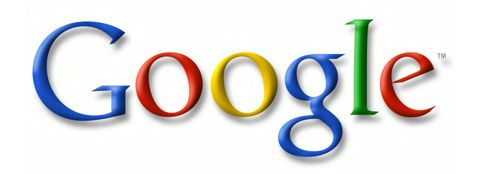
Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

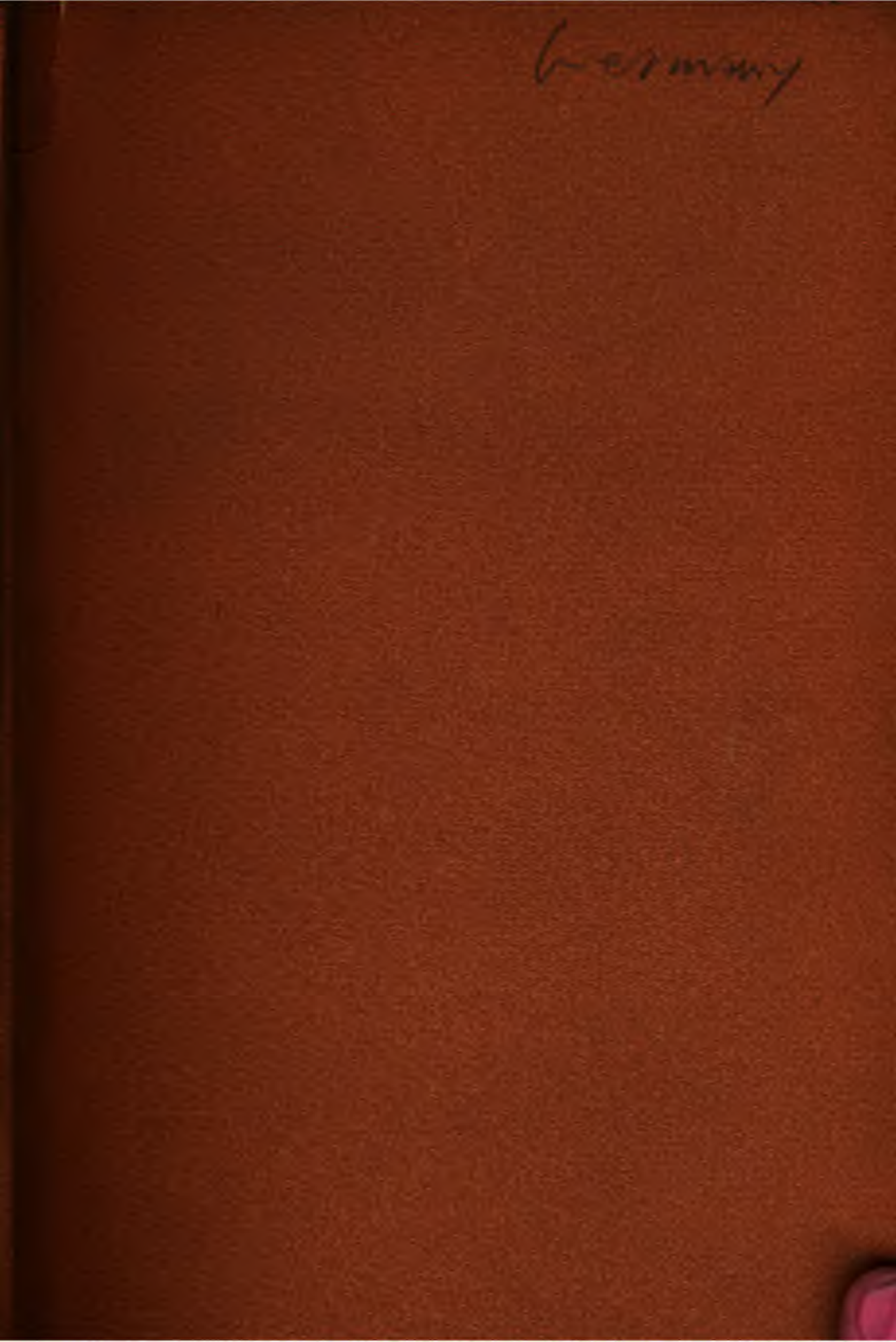
Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.





HARVARD LAW LIBRARY

Received NOV 19 1910





Lehrbuch

des

Deutschen Zivilprozeßrechts

von

Dr. Konrad Hellwig,
Geheimem Justizrat, Professor an der Universität Berlin.

Zweiter Band.

Leipzig.
A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf.
(Georg Böhme).
1907.



Lehrbuch

des

Deutschen Zivilprozeßrechts

von

Dr. Konrad Hellwig,
Geheimem Justizrat, Professor an der Universität Berlin.

Zweiter Band.

Leipzig.
A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf.
(Georg Böhme).
1907.

Alle Rechte vorbehalten.

1910

Vorbemerkung.

Die Fortsetzung dieses Lehrbuches hat infolge der Veränderung meiner Lehrstellung nicht so rasch erscheinen können, wie ich bei meiner Übersiedlung von Erlangen versprechen zu können geglaubt hatte. Ich darf in Aussicht stellen, daß nun die weitere Fortsetzung und Beendigung der Arbeit in schneller Weise erfolgen wird.

Der Druck hat schon im Sommer begonnen. Ich konnte die neue (8./9.) Auflage des Gaupp-Steinschen Kommentars und die zweite Auflage des Schmidtschen Lehrbuches erst von § 135 an berücksichtigen. Bis dahin beziehen sich die Zitate auf die 7. bzw. 1. Auflage.

Diesem Bande sind zwei Register beigegeben, die sich auch auf den ersten Band beziehen. Ich hoffe durch sie die Auffindung von solchen Erörterungen zu erleichtern, die sich bei der Art meiner Stoffeinteilung oder wegen ihrer vorwiegend zivilrechtlichen Natur leicht der Beachtung entziehen. Man hat die ausführliche Erörterung von privatrechtlichen Fragen getadelt. Ich verweise demgegenüber auf die Bemerkung in Band 1 Seite 192[1].

Berlin, Ende September 1906.

Hellwig.

Berichtigungen.

Seite 12 Zeile 12 v. u. lies I statt 1
„ 14 „ 5 v. o. „ II „ 2
„ 74 Note 30 „ 619 „ 579
„ 240 Zeile 2 v. o. „ 25, 26 „ 26, 27
„ 241 „ 17 v. u. „ 25/6 „ 26/7
„ 241 „ 35 „ (gegen „ gegen (
„ 249 „ 19 v. o. „ d „ α
„ 301 „ 9 v. o. „ ZPO. § 173 „ BGB. § 171 II
„ 366 „ 6 v. o. „ ebensowenig „ ebenso
„ 372 „ 17 v. o. „ 26 II, 1 „ 26 III, 1
„ 402 Note 23 vor „Anders“ einzufügen: ZPO. § 179.
„ 414 „ 37 Zeile 5 v. o. lies Tuhr statt Thur
„ 428 Note 27 lies 184 statt 183
„ 459 „ 15 Zeile 6 v. o. lies Tuhr statt Thur.

Inhaltsverzeichnis.

IV. Buch.

Das Prozeßverhältnis im Entscheidungsverfahren.

I. Kapitel.

Im allgemeinen.

Berichtigungen.

Seite 12 Zeile 12 v. u. lies I statt 1
" 14 " 5 v. o. " II " 2
" 74 Note 30 " 619 " 579
" 240 Zeile 2 v. o. " 25, 26 " 26, 27
" 241 " 17 v. u. " 25/6 " 26/7
" 241 " 35 " (gegen " gegen (
" 249 " 19 v. o. " d " α
" 301 " 9 v. o. " ZPO. § 173 " BGB. § 171 II
" 366 " 6 v. o. " ebensowenig " ebenso
" 372 " 17 v. o. " 26 II, 1 " 26 III, 1
" 402 Note 23 vor „Anders“ einzufügen: ZPO. § 179.
" 414 " 37 Zeile 5 v. o. lies Tuhr statt Thur
" 428 Note 27 lies 184 statt 183
" 459 " 15 Zeile 6 v. o. lies Tuhr statt Thur.

Inhaltsverzeichnis.

IV. Buch.

Das Prozeßverhältnis im Entscheidungsverfahren.

I. Kapitel.

Im allgemeinen.

II. Kapitel.

Die Prozeßsubjekte.

1. Abschnitt.

Das Gericht und die gerichtlichen Hilfsbehörden.

II. Kapitel.

Die Prozeßsubjekte.

1. Abschnitt.

Das Gericht und die gerichtlichen Hilfsbehörden.

II. Kapitel.

Die Prozeßsubjekte.

1. Abschnitt.

Das Gericht und die gerichtlichen Hilfsbehörden.

2. Abschnitt.

Die Parteien.

Seite

IV. Buch.

Das Prozeßverhältnis im Entscheidungsverfahren.

I. Kapitel.

Im allgemeinen.

§ 63.

Einleitung.

Durch den Beginn des Prozesses treten die an ihm beteiligten Prozeßsubjekte (die Parteien einerseits und das Gericht andererseits) in spezifisch prozessuale Rechtsbeziehungen. Ihre Gesamtheit ist das Prozeßverhältnis (Streitverhältnis, wohl zu scheiden von dem Streit- oder Prozeßgegenstand, der Streitsache).[1])

Das Prozeßverhältnis im Entscheidungsverfahren (Erkenntnis- oder Urteilsverfahren) ist im engeren Sinne das Verhältnis, das dadurch entsteht, daß im Wege der Klage eine Rechtsbehauptung aufgestellt und um Rechtsschutz nachgesucht wird, über dessen Gewährung in der Form des Endurteils zu entscheiden ist.[2]) Im weiteren Sinne aber kann dazu auch das Arrestverfahren insoweit gerechnet werden, als es sich um die Fällung der zwecks

---

[1]) Bülow hat den Begriff des Prozeßverhältnisses der modernen Rechtswissenschaft wiedergewonnen und zugleich seine Wandlung gegenüber dem römischen Recht aufgezeigt, zuerst in: Lehre von den Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen (1868), ferner in ZZP. 27 224f. Aus der großen Literatur wird hervorgehoben: 1. Lehrbücher: Wach I § 4 und bei Grünhut 6 515f., Planck I S. 201f., Hellmann S. 422f., Schmidt § 4, 141f., Weismann I § 89 XI (vgl. auch Hauptintervention S. 95f.). 2. Kommentare: zu § 274 (besonders Seuffert und Gaupp-Stein, bei beiden eingehende Literaturnachweise). 3. Sonstige Schriften: Schultze, Privatr. u. Prozeß S. 285f. und ZZP. 12 475f., Seuffert ZZP. 11 199f., 17 314f., Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis, Forschungen S. 88f., Encykl. 2 103f.

[2]) Eine Nebenform ist das Mahnverfahren, vgl. § 69 I, 3.

Rechtssicherung nachgesuchten Entscheidung handelt, die den demnächst zu vollziehenden Arrestbefehl enthält.

Daneben steht im heutigen Rechte ganz selbständig das Prozeßverhältnis im Zwangsvollstreckungsverfahren,[3]) in dem es sich um die Rechtsverwirklichung [4]) handelt.

Die Verschiedenheit liegt 1. in dem Zweck des Verfahrens (Aburteilung — Vollstreckung), 2. in den Prozeßsubjekten (dort „Prozeßgericht", „Kläger" und „Beklagter" — hier „Vollstreckungsgericht" [5]) und Gerichtsvollzieher, „Gläubiger" und „Schuldner"), 3. in den Rechtsschutzvoraussetzungen, 4. in der Art, wie das Verfahren einzuleiten ist (Prozeßvoraussetzungen) und durchgeführt wird.

Trotz dieser Verschiedenheit ist das gemeinsam, daß der Rechtsschutz nur dann gewährt wird,

1. wenn er verlangt ist, und zwar in der von dem Gesetze vorgeschriebenen Art und Weise (Lehre von den Prozeßvoraussetzungen),

2. wenn er mit Recht verlangt ist (Lehre von den Klagvoraussetzungen) und

3. wenn dies dem angegangenen Rechtsschutzorgan dargetan und, soweit es erforderlich ist, in gehöriger Weise bewiesen wird.

In allen Fällen handelt es sich also darum, daß der Angreifende einen von ihm behaupteten Rechtsschutzanspruch zu realisieren versucht. Das Endziel des Prozeßverhältnisses ist die Entscheidung darüber, ob er begründet ist, und seine Verwirklichung. In diesem Abschnitte (Buch IV) ist nur das Prozeßverhältnis im eigentlichen Entscheidungsverfahren (Urteilsverfahren) darzustellen.

I. Entstehung des Prozeßverhältnisses (im eigentlichen Entscheidungsverfahren).

§ 64.

1. Der Akt der Klagerhebung und die prozeßrechtliche Bedeutung der Klage.

I. Der äußere Akt der Begründung des Prozeßverhältnisses.

1. Regelmäßig besteht er darin, daß der Kläger die Klagschrift (Klage) dem Beklagten [1]) zustellen läßt. Sie muß die Erklärung enthalten, von

---

[3]) Im gemeinen Rechte stellte sich die Exekution einfach als Fortsetzung des mit einer rechtskräftigen Verurteilung abgeschlossenen Verfahrens dar. Ganz anders ist es heute geworden, namentlich infolge der Vermehrung der Vollstreckungstitel (vorläufige Vollstreckbarkeit der Urteile [§ 704], vollstreckbare Urkunden [§ 794 Nr. 5] usw.) und infolge der Schaffung besonderer Vollstreckungsorgane.

[4]) Vgl. o. Bd. 1 § 9 III.

[5]) In Ausnahmsfällen (§§ 887—890) ist es das Prozeßgericht.

[1]) Ganz korrekt würde man sagen: derjenige, der Kläger werden will oder der Beklagter werden soll.

wem, vor welchem Gerichte, gegen wen und worüber der Prozeß geführt werden soll, und welches Urteil der Kläger von dem Gerichte verlangt (Klagantrag, Urteilsbitte, Urteilsbegehren).[2]) Die Klagschrift muß mit der gerichtlichen Festsetzung des Verhandlungstermins versehen sein und die Ladung zu diesem enthalten.[3])

Um diese Festsetzung zu erlangen, muß der Kläger die Klagschrift bei dem Gerichte einreichen (§ 261); wird sie gewährt,[4]) so liegt darin die Zulassung[5]) der Klage zur Verhandlung und Entscheidung.

Diese Zulassung ist absolute Bedingung für die Entstehung des PV. Durch sie gewährt das Gericht dem Kläger die Möglichkeit, die Zustellung der Klage zu betreiben, und die Ermächtigung zur Ladung des Beklagten. Aber vollwirksam wird ihre Erhebung erst mit der Zustellung an den Beklagten.[6]) Folgt diese Zustellung nicht, so gilt nach jetzt geltendem Rechte[7]) die Einreichung der Klagschrift nur als Vorbereitungshandlung.

2. Ganz anders und viel einfacher ist der äußere Akt der Klagerhebung, wenn diese im Laufe eines Prozesses erfolgt, also bei der Erweiterung einer bereits anhängigen Klage, bei der Widerklage und bei der Klagänderung. Hier geschieht sie durch mündlichen Vortrag dessen, was zuvor (1) als der wesentliche Inhalt der Klagschrift bezeichnet wurde, also durch eine an das Gericht gerichtete und von diesem entgegengenommene Erklärung.[8]) Die Zustellung eines Klagschriftsatzes ist auch hier möglich und für die Fortentwicklung des durch den Vortrag entstehenden Prozeßverhältnisses von Bedeutung. Da aber diese Zustellung ohne gerichtliche Mitwirkung (ohne die im Falle 1 gekennzeichnete Zulassung der Klage) erfolgt, so kann sie keine Klagerhebung sein und das Prozeßverhältnis noch nicht begründen.

---

[2]) Das alles kann sich im Laufe des Prozesses mannigfach ändern (Klagänderung, Erweiterung, Succession usw.).

[3]) ZPO. § 253. Die Ladung erscheint bei der Klage unter dem Prinzipe des Parteibetriebes als Aufforderung des Klägers; ebenso die im Laufe des Prozesses erfolgenden Ladungen. Die Zustellung der Klagschrift (durch den Gerichtsvollzieher) hat der Kläger zu veranlassen. Vgl. u. Note 28.

[4]) Sie erfolgt durch den Vorsitzenden (als Organ des Gerichts; s. u. § 77) und kann nur aus formellen Gründen versagt werden (vgl. u. § 66), ist aber trotzdem für die Bestimmung des Wesens der Klage von größter Bedeutung. Ausgeschlossen ist jedenfalls eine sachliche Vorprüfung der Schlüssigkeit der Klage, wie sie nach gemeinem Rechte stets stattfand und heute im Mahnverfahren (s. 3) noch stattfindet. Ob das Gericht aus mehr oder weniger Gründen die Zulassung versagen kann, ist begrifflich irrelevant.

[5]) Zutreffend hat dies Weizsäcker ZZP. 27 29f. betont.

[6]) § 253I. Vgl. auch u. § 67 über die Heilung von ungültigen Zustellungen und über die Nachholung von fehlenden Stücken des Tatbestandes.

[7]) Viele Schwierigkeiten und Unzuträglichkeiten würden beseitigt werden, wenn man dieses System aufgäbe.

[8]) § 280. Auf diesen für das Wesen der Klage wichtigen Punkt wird hier schon besonders aufmerksam gemacht. War der Gegner in dem bereits anhängigen Prozesse zu dem Verhandlungstermin (über jenen) geladen, so ist die im Text bezeichnete Klagerhebung (als Klagerweiterung, Änderung, Widerklage) auch in Abwesenheit des Gegners möglich. Eine andere Frage ist, ob alsbald Versäumnisurteil ergehen kann (§ 335 I Nr. 3).

Durch Vortrag erfolgt die Klagerhebung ferner in dem besonderen Falle der §§ 500, 510.

3. Wird ein Anspruch (auf Zahlung) im Mahnverfahren verfolgt, so ist der entscheidende Zeitpunkt die Zustellung des gerichtlichen Zahlungsbefehls an den „Schuldner".[9]) Auch hier hat der „Gläubiger" die Zustellung zu besorgen. Das Gericht darf den Zahlungsbefehl nur nach sachlicher Prüfung der Schlüssigkeit des Rechtsschutzgesuchs erlassen.[10]) Das Prozeßverhältnis entsteht auch hier durch eine Prozeßhandlung des Klägers in Verbindung mit einer ihr vorausgehenden Handlung des Gerichts. Das besondere ist, daß mit der Entstehung der Rechtshängigkeit zugleich die (bedingte) Entscheidung des Gerichts dem Beklagten gegenüber wirksam wird. Besonders ist auch die Art, wie das Prozeßverhältnis sich weiter entwickelt.[11])

II. Dem Beklagten gegenüber ist die Begründung des Prozeßverhältnisses ein einseitiger Akt.[12]) Mit der Klagerhebung ist es entstanden. Denn nun hängt der Streit über die vom Kläger aufgestellte Rechtsbehauptung bei Gericht.[13]) Insbesondere ist nun der Gegner so in die Beklagtenstellung eingerückt, daß er die Last der Verteidigung überkommt und die Entscheidung durch deren Unterlassung nicht verhindern kann. Die Einlassung des Beklagten zur Hauptsache ist nicht Voraussetzung für den Beginn des Prozesses; sie ist nicht Voraussetzung für ein Urteil über die Hauptsache[14]), und sie zieht ein solches nicht einmal unbedingt nach sich.[15]) Im heutigen Prozeß ist sie nur ein Moment, welches die Art bestimmt, in der das entstandene Prozeßverhältnis sich weiter entwickelt.

Anders war es im klassischen römischen Recht und im älteren romanisch-kanonischen Prozesse. Nach jenem war im ordo iudiciorum ein Urteil über den vom Kläger behaupteten Anspruch nur möglich, wenn der Beklagte, ihn bestreitend, mitwirkte.[16]) Zwar ist auch dasjenige, was der Litiskontestation vorausging, und dasjenige, was der Prätor infolge einer confessio in iure oder der Abwesenheit des Beklagten oder der Unterlassung des recte se defendere tat, Prozeß, wenn man

---

[9]) § 693. Das Gesetz spricht hier statt von Kläger und Beklagtem von „Gläubiger" und „Schuldner", weil es sich nur um Verfolgung von Ansprüchen (auf Leistung) handeln kann.

[10]) § 691. Es ist dieselbe Prüfung, wie sie nach gemeinem Recht bei jeder Klage stattfand.

[11]) Vgl. o. Bd. 1 § 9 II, 6 (S. 50 1).

[12]) Nicht ist die Klagerhebung ein alleiniger Willensakt des Klägers. Sie beruht nicht nur auf seinem Willen, sondern bedarf der gerichtlichen Mitwirkung (I, 1—3).

[13]) Dies bedeutet die Vorschrift des § 263 I: „Durch die Erhebung der Klage wird die Rechtshängigkeit der Streitsache (= Prozeßgegenstand, s. o. Bd. 1 § 23 I) begründet."

[14]) Ist der Beklagte völlig passiv, so kann der Kläger Versäumnisurteil erlangen (§ 331).

[15]) Trotz unbedingter Verhandlung zur Hauptsache muß noch Prozeßabweisung erfolgen, wenn sich herausstellt, daß eine Prozeßvoraussetzung fehlt. Fehlt eine prozessuale Klagvoraussetzung, so wird die Klage als unzulässig abgewiesen.

[16]) Vgl. o. Bd. 1 § 2[3].

darunter das Verfahren versteht, das vor staatlichen Organen zwecks Rechtsschutzes stattfindet. Aber man hat sich auf Grund der römischen Prozeßeinrichtung daran gewöhnt, unter Prozeßverhältnis nur diejenigen Rechtsbeziehungen zu verstehen, die durch ein zur Entscheidung über den materiellen Anspruch führendes Verfahren entstehen. Diese entstanden aber erst durch die sich unter Mitwirkung des Beklagten vollziehende Litiskontestation. Erst hiermit traten die Wirkungen ein, die wir heute als Wirkungen des Prozeßbeginns zu bezeichnen pflegen. In den Wendungen: iudicium constituitur (Gaius IV § 177), iudicium accipere (l. 16 D. 3, 3 und oft), in iudicium deducere, iudicium coeptum, litem contestari, lis pendet, iudicium oder litem a procuratore in se transferre (l. 17 pr. D. 3, 3), iudicium solvitur meinen die Römer mit iudicium (lis) nicht das Verfahren vor dem iudex, sondern die prozessualen Rechtsbeziehungen, in denen die Parteien zu dem iudex infolge des Prozeßbeginns (in jenem Sinne) stehen, also das Prozeßverhältnis.[17]) Nach klassischem Recht wird es erst mit der Litiskontestation begründet und beruht also auf einem dreiseitigen Akte. Dieser ist nicht ein Vertrag der Parteien,[19]) sondern die vor dem Prätor und unter seiner Mitwirkung erfolgte Erklärung, auf Grund der formula streiten zu wollen.

Ist der Prozeßgang in dieser Weise geordnet, wird also der Prozeß dem Beklagten nicht direkt aufgezwungen, bedarf es vielmehr seiner aktiven Mitwirkung, um das Prozeßverhältnis zu begründen, so muß das Gesetz natürlich den Beklagten zu dieser Mitwirkung verpflichten. So treffen ihn dann, wenn er seine Defensionspflicht nicht erfüllt, die härtesten Nachteile.[20])

Das romanisch-kanonische Prozeßrecht hielt an der Defensionspflicht fest und erzwang sie durch harte Mittel (Acht, Exkommunikation). Aber schon die Clementina Saepe von 1306 (Cl. 2 de verb. sign. 5, 11) schrieb vor, ut (iudex) necessarie

[17]) Vgl. Bülow, Prozeßeinreden 2 f. und besonders ZZP. 27 227 f. (Daß iudicium [z. B. iudicium in factum] auch die Formel bedeuten kann, soll Wlassak nicht bestritten werden.) Jene Bedeutung von iudicium (als Prozeßverhältnis, dessen Entwicklung zur Entscheidung über das streitige materielle Recht führt, aber von diesem gerade so scharf zu unterscheiden ist, wie heute) wird von den Zivilisten, die sich mit römischem Prozeß beschäftigt haben, häufig verkannt, so insbesondere von Schloßmann, Die Litiskontestation (1904), dem der Begriff des Prozeßverhältnisses überhaupt unbekannt zu sein scheint. Sonst würde er nicht zu der Auffassung gelangt sein, daß der Prozeßgründungsakt (der „X-Akt" Schloßmanns, die Litiskontestation) sich vor dem iudex habe abspielen müssen. Iudicium ist schon vorhanden, ehe das Verfahren vor dem iudex begonnen hat.

[19]) Über die vielfach mißverstandene l. 3 § 11 D. 15, 1 (iudicio contrahitur) vgl. neuestens Koschaker, Translatio iudicii 188 f.

[20]) Die missio in bona führte zur Entziehung des ganzen Vermögens. In dem bonorum emtor wurde dem Kläger ein Gegner gegeben, mit dem er nun den Prozeß zu führen hatte. Dieser konnte das Bestehen der Schuld nicht bestreiten, wenn eine sententia gegen den, dessen bona ihm zugeschlagen waren, vorlag oder wenn dieser als confessus dem indicatus gleichstand. Wohl aber ist erst über den Anspruch zu entscheiden, wenn gegen den indefensus vorgegangen war. Darin liegt der wesentliche Unterschied gegenüber dem Verfahren, das extra ordinem gegen den indefensus oder contumax stattfand und schon zu einer Verurteilung und Feststellung der Schuld führte, die aber der auf Streitverhandlung ergangenen sententia nicht völlig gleichstand. Vgl. v. Bethmann-Hollweg 2 § 106, 3 300 f., Wetzell 612 f. — Daß der mit einer Vindikation Belangte non compellitur rem defendere, bedeutete nicht, daß dem Eigentümer die Möglichkeit gefehlt hätte, seine Sache wieder zu erlangen, sondern nur, daß der Gegner der rechtskraftsfähigen Entscheidung über das Eigentum ausweichen konnte. Den Besitz erlangte der Eigentümer auch gegen den Willen des Besitzers durch gerichtliche Hilfe (interdictum quem fundum). Die Besonderheit des Verfahrens, in dem der Eigentumsanspruch realisiert wurde, ist im justinianischen Rechte weggefallen (§ 8 I. 4, 15).

Durch Vortrag erfolgt die Klagerhebung ferner in dem besonderen Falle der §§ 500, 510.

3. Wird ein Anspruch (auf Zahlung) im Mahnverfahren verfolgt, so ist der entscheidende Zeitpunkt die Zustellung des gerichtlichen Zahlungsbefehls an den „Schuldner".[9]) Auch hier hat der „Gläubiger" die Zustellung zu besorgen. Das Gericht darf den Zahlungsbefehl nur nach sachlicher Prüfung der Schlüssigkeit des Rechtsschutzgesuchs erlassen.[10]) Das Prozeßverhältnis entsteht auch hier durch eine Prozeßhandlung des Klägers in Verbindung mit einer ihr vorausgehenden Handlung des Gerichts. Das besondere ist, daß mit der Entstehung der Rechtshängigkeit zugleich die (bedingte) Entscheidung des Gerichts dem Beklagten gegenüber wirksam wird. Besonders ist auch die Art, wie das Prozeßverhältnis sich weiter entwickelt.[11])

II. Dem Beklagten gegenüber ist die Begründung des Prozeßverhältnisses ein einseitiger Akt.[12]) Mit der Klagerhebung ist es entstanden. Denn nun hängt der Streit über die vom Kläger aufgestellte Rechtsbehauptung bei Gericht.[13]) Insbesondere ist nun der Gegner so in die Beklagtenstellung eingerückt, daß er die Last der Verteidigung überkommt und die Entscheidung durch deren Unterlassung nicht verhindern kann. Die Einlassung des Beklagten zur Hauptsache ist nicht Voraussetzung für den Beginn des Prozesses; sie ist nicht Voraussetzung für ein Urteil über die Hauptsache[14]), und sie zieht ein solches nicht einmal unbedingt nach sich.[15]) Im heutigen Prozeß ist sie nur ein Moment, welches die Art bestimmt, in der das entstandene Prozeßverhältnis sich weiter entwickelt.

Anders war es im klassischen römischen Recht und im älteren romanisch-kanonischen Prozesse. Nach jenem war im ordo iudiciorum ein Urteil über den vom Kläger behaupteten Anspruch nur möglich, wenn der Beklagte, ihn bestreitend, mitwirkte.[16]) Zwar ist auch dasjenige, was der Litiskontestation vorausging, und dasjenige, was der Prätor infolge einer confessio in iure oder der Abwesenheit des Beklagten oder der Unterlassung des recte se defendere tat, Prozeß, wenn man

---

[9]) § 693. Das Gesetz spricht hier statt von Kläger und Beklagtem von „Gläubiger" und „Schuldner", weil es sich nur um Verfolgung von Ansprüchen (auf Leistung) handeln kann.

[10]) § 691. Es ist dieselbe Prüfung, wie sie nach gemeinem Recht bei jeder Klage stattfand.

[11]) Vgl. o. Bd. 1 § 9 II, 6 (S. 501).

[12]) Nicht ist die Klagerhebung ein alleiniger Willensakt des Klägers. Sie beruht nicht nur auf seinem Willen, sondern bedarf der gerichtlichen Mitwirkung (I, 1—3).

[13]) Dies bedeutet die Vorschrift des § 263 I: „Durch die Erhebung der Klage wird die Rechtshängigkeit der Streitsache (= Prozeßgegenstand, s. o. Bd. 1 § 23 I) begründet."

[14]) Ist der Beklagte völlig passiv, so kann der Kläger Versäumnisurteil erlangen (§ 331).

[15]) Trotz unbedingter Verhandlung zur Hauptsache muß noch Prozeßabweisung erfolgen, wenn sich herausstellt, daß eine Prozeßvoraussetzung fehlt. Fehlt eine prozessuale Klagvoraussetzung, so wird die Klage als unzulässig abgewiesen.

[16]) Vgl. o. Bd. 1 § 2[3].

darunter das Verfahren versteht, das vor staatlichen Organen zwecks Rechtsschutzes stattfindet. Aber man hat sich auf Grund der römischen Prozeßeinrichtung daran gewöhnt, unter Prozeßverhältnis nur diejenigen Rechtsbeziehungen zu verstehen, die durch ein zur Entscheidung über den materiellen Anspruch führendes Verfahren entstehen. Diese entstanden aber erst durch die sich unter Mitwirkung des Beklagten vollziehende Litiskontestation. Erst hiermit traten die Wirkungen ein, die wir heute als Wirkungen des Prozeßbeginns zu bezeichnen pflegen. In den Wendungen: iudicium constituitur (Gaius IV § 177), iudicium accipere (l. 16 D. 3, 3 und oft), in iudicium deducere, iudicium coeptum, litem contestari, lis pendet, iudicium oder litem a procuratore in se transferre (l. 17 pr. D. 3, 3), iudicium solvitur meinen die Römer mit iudicium (lis) nicht das Verfahren vor dem iudex, sondern die prozessualen Rechtsbeziehungen, in denen die Parteien zu dem iudex infolge des Prozeßbeginns (in jenem Sinne) stehen, also das Prozeßverhältnis.[17] Nach klassischem Recht wird es erst mit der Litiskontestation begründet und beruht also auf einem dreiseitigen Akte. Dieser ist nicht ein Vertrag der Parteien,[19] sondern die vor dem Prätor und unter seiner Mitwirkung erfolgte Erklärung, auf Grund der formula streiten zu wollen.

Ist der Prozeßgang in dieser Weise geordnet, wird also der Prozeß dem Beklagten nicht direkt aufgezwungen, bedarf es vielmehr seiner aktiven Mitwirkung, um das Prozeßverhältnis zu begründen, so muß das Gesetz natürlich den Beklagten zu dieser Mitwirkung verpflichten. So treffen ihn dann, wenn er seine Defensionspflicht nicht erfüllt, die härtesten Nachteile.[20]

Das romanisch-kanonische Prozeßrecht hielt an der Defensionspflicht fest und erzwang sie durch harte Mittel (Acht, Exkommunikation). Aber schon die Clementina Saepe von 1306 (Cl. 2 de verb. sign. 5, 11) schrieb vor, ut (iudex) necessarie

---

[17]) Vgl. Bülow, Prozeßeinreden 2 f. und besonders ZZP. 27 227 f. (Daß iudicium [z. B. iudicium in factum] auch die Formel bedeuten kann, soll Wlassak nicht bestritten werden.) Jene Bedeutung von iudicium (als Prozeßverhältnis, dessen Entwicklung zur Entscheidung über das streitige materielle Recht führt, aber von diesem gerade so scharf zu unterscheiden ist, wie heute) wird von den Zivilisten, die sich mit römischem Prozeß beschäftigt haben, häufig verkannt, so insbesondere von Schloßmann, Die Litiskontestation (1904), dem der Begriff des Prozeßverhältnisses überhaupt unbekannt zu sein scheint. Sonst würde er nicht zu der Auffassung gelangt sein, daß der Prozeßgründungsakt (der „X-Akt" Schloßmanns, die Litiskontestation) sich vor dem iudex habe abspielen müssen. Iudicium ist schon vorhanden, ehe das Verfahren vor dem iudex begonnen hat.

[19]) Über die vielfach mißverstandene l. 3 § 11 D. 15, 1 (iudicio contrahitur) vgl. neuestens Koschaker, Translatio iudicii 188 f.

[20]) Die missio in bona führte zur Entziehung des ganzen Vermögens. In dem bonorum emtor wurde dem Kläger ein Gegner gegeben, mit dem er nun den Prozeß zu führen hatte. Dieser konnte das Bestehen der Schuld nicht bestreiten, wenn eine sententia gegen den, dessen bona ihm zugeschlagen waren, vorlag oder wenn dieser als confessus dem indicatus gleichstand. Wohl aber ist erst über den Anspruch zu entscheiden, wenn gegen den indefensus vorgegangen war. Darin liegt der wesentliche Unterschied gegenüber dem Verfahren, das extra ordinem gegen den indefensus oder contumax stattfand und schon zu einer Verurteilung und Feststellung der Schuld führte, die aber der auf Streitverhandlung ergangenen sententia nicht völlig gleichstand. Vgl. v. Bethmann-Hollweg 2 § 106, 3 300 f., Wetzell 612 f. — Daß der mit einer Vindikation Belangte non compellitur rem defendere, bedeutete nicht, daß dem Eigentümer die Möglichkeit gefehlt hätte, seine Sache wieder zu erlangen, sondern nur, daß der Gegner der rechtskraftsfähigen Entscheidung über das Eigentum ausweichen konnte. Den Besitz erlangte der Eigentümer auch gegen den Willen des Besitzers durch gerichtliche Hilfe (interdictum quem fundum). Die Besonderheit des Verfahrens, in dem der Eigentumsanspruch realisiert wurde, ist im justinianischen Rechte weggefallen (§ 8 I. 4, 15).

litiscontestationem non postulet.[21]) Auch im älteren Reichsprozeß[22]) bestand noch die Wahl zwischen der Anwendung von Zwangsmitteln zur Herbeiführung der aktiven Beteiligung des Beklagten und zwischen einem Kontumazialverfahren, das von dieser absah. Der Jüngste Reichsabschied (von 1654) § 36 aber verfügte die „Aufhebung der bisherigen gebräuchlichen zweyen Wegen". Ein Zwang gegen den passiv bleibenden Beklagten fand nicht mehr statt. Vielmehr wurde der Kläger zum einseitigen Beweis der Klagtatsachen zugelassen[23]), und er erzielte ein definitives Versäumnisurteil über den eingeklagten Anspruch.[24])

Hiermit war schon der gemeinrechtliche Prozeß auf eine andere Grundlage gestellt. Der Beklagte wird durch die Klagerhebung in das Prozeßverhältnis gebracht, dieses wird ihm auferlegt, aber er wird nicht mehr gezwungen, tätig zu werden: er kann sich verteidigen, aber er hat nicht mehr eine Defensionspflicht.[25]) Wir haben von jetzt an einen Prozeßzwang, aber keinen Einlassungszwang.

III. Ihrem **Inhalt** und ihrer rechtlichen Bedeutung nach ist die Klagerhebung die Beschwerde über eine Rechtskränkung oder Rechtsgefährdung und die Anrufung des gerichtlichen Rechtsschutzes durch den Kläger. Er behauptet, einen Rechtsschutzanspruch auf Verurteilung, Feststellung oder Rechtsänderung zu haben, und er macht dieses hier als Klagrecht bezeichnete Recht, das, wenn es besteht, gegen den Staat gerichtet ist, gegenüber dem konkreten Gerichte geltend, damit dieses der (behaupteten) staatlichen Rechtsschutzpflicht in Beziehung auf das zur Aburteilung gestellte Rechtsverhältnis Genüge leiste.

Greifbar zeigt sich dies in dem Klagantrag (der sog. Urteilsbitte). Dieser ist die Seele des Klagakts; er muß bereits den Inhalt des Urteils genau bezeichnen, das von dem Gericht zu Gunsten des Klägers gegen den Beklagten gefällt werden soll. Er enthält also eine an das Gericht gerichtete Erklärung. Was der Kläger verlangt, ist die Feststellung eines Rechtsverhältnisses, die Verurteilung zur Befriedigung eines bestimmten Anspruchs (also implizite Feststellung desselben), die Rechtsänderung. Der

[21]) Über das durch die Clem. Saepe vereinfachte Verfahren (den sog. unbestimmt summarischen Prozeß im Gegensatz zum älteren solemnis ordo) vgl. namentl. Briegleb, Einleitung in die Theorie der summar. Prozesse 27, 35 f.

[22]) So schon nach der Kammergerichtsordnung von 1495 § 19.

[23]) Anders das heutige Reichsrecht (im Anschluß an frühere deutsche Partikulargesetze), insofern es einen Beweis der Klagtatsachen nicht fordert, vgl. § 331 I.

[24]) Vgl. Wetzell S. 618 f.

[25]) Die gemeinrechtliche Wissenschaft operierte mit der Vorstellung, die Litiskontestation („Kriegsbefestigung") werde gegenüber dem Beklagten als geschehen fingiert. So blieb man bei der alten Auffassung, der säumige Beklagte sei ungehorsam (contumax) und es treffe ihn dafür eine Strafe (poena praeclusi). Hiergegen besonders Bülow, Arch. f. ziv. Pr. 62 11 f., dessen Bekämpfung des Prinzips der Kontumaz von der überwiegenden Meinung gebilligt wird. Die entgegengesetzte Auffassung verteidigen u. a. Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm, und besonders Wach bei Grünhut 6 524 f., Präklusion und Kontumaz (Programm 1879, auch bei Grünhut 7 154 f.) und im Arch. f. ziv. Pr. 64 212[6]. Eingehendere Literaturnachweise in den Kommentaren zu § 138, nam. bei Seuffert, Erl. 1; dazu Weismann I § 85. — Bülows Auffassung, daß die Säumnis heute stets Rechtsversäumnis sei, und daß es keine prozessualen Handlungspflichten gebe, ist nach dem unten §§ 69—72 Ausgeführten zu berichtigen.

Beklagte kann das alles gar nicht gewähren.[25a]) Also wäre es sinnlos, wenn es von ihm zu verlangen wäre. Das vom Gericht zu fällende Urteil muß der Beklagte allerdings über sich ergehen lassen. Aber daß er es muß, ist nicht die Folge einer dem Kläger gegenüber bestehenden Duldungspflicht.[26]) Also kann die Klage auch nicht die Bedeutung haben, daß sie eine solche geltend mache und deshalb als an den Beklagten gerichtet anzusehen sei. Es bleibt somit dabei: die Klage ist diejenige Prozeßhandlung, in der das Gericht um Rechtsschutz gegenüber dem Beklagten angegangen wird. Die wahre Adresse dieses prozessualen Gesuchs ist deshalb das Gericht.[27]) Der Beklagte wird nur dadurch angegriffen, daß der Kläger die Gerichtstätigkeit gegen ihn in Bewegung setzt.

In der gemeinrechtlichen Form der Klagerhebung tritt dies deutlich hervor, ebenso heute, wenn sie mündlich (durch Vortrag an das Gericht) geschieht. Verdunkelt ist es bei der schriftlichen Klagerhebung 1. materiell dadurch, daß die Einreichung der Klagschrift für sich allein das Prozeßverhältnis noch nicht vollkommen begründet, und 2. formell dadurch, daß es dem Kläger überlassen wird, die Zustellung der Klagschrift zu betreiben.[28]) Aber es ist klar, daß die Klage in allen Fällen die gleiche rechtliche Bedeutung haben muß. Diese kann nicht verschieden sein, je nachdem die Klage in dieser oder jener Form erhoben wird.

Der Antrag auf Erteilung des staatlichen Rechtsschutzes ist also das, was das Wesen der Klage ausmacht. Für dieses kommen **andere** Er-

---

[25a]) Er kann nur die Notwendigkeit der Gewährung der Rechtshilfe hinfällig machen, und dies nur insoweit, als er in der Lage ist, das Klagrecht zu beseitigen, z. B. durch Befriedigung. Aber nicht diese wird verlangt, sondern die Verurteilung zu ihr.

[26]) Vgl. hierüber u. § 69.

[27]) Dies kann bei dem Gesuch um einen Arrestbefehl gar nicht bezweifelt werden. Nicht anders ist es bei dem Antrag, die staatliche Zwangsgewalt zwecks Exekution zu entfalten. Diese Harmonie ist nichts Zufälliges; das Wesen des Prozesses kommt darin zum Ausdruck. — Das im Text Gesagte ist der Hauptgrund dafür, daß das Klagrecht (ebenso wie die anderen Erscheinungsformen des sog. Rechtsschutzanspruchs) hier als ein publizistisches gegen den Staat gerichtetes Recht aufgefaßt wird. Über die seit Erscheinen des ersten Bandes hiergegen vorgebrachten Einwände habe ich mich in der Schrift: „Klagrecht u. Klagmöglichkeit" (1905) geäußert. Neuerdings ist eine bedeutungsvolle Schrift von Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozeß (1905) erschienen. In der DJZ. 06 S. 310 bezeichnet dieser Schriftsteller als Ergebnis seiner Untersuchung, daß er ein Klagrecht als Recht auf rechtliches Gehör im Sinne eines „vorprozessualen, konkreten, aktuellen Rechts auf der Partei günstiges Urteil" anerkennt. Nur soll dieses Recht dem Gegner gegenüber bestehen. Er bekämpft „jedes vorprozessuale, konkrete, aktuelle Recht auf ein Urteil bestimmten Inhalts". Und doch soll es ein Recht auf günstiges Urteil sein?

[28]) Vgl. o. Note 3. Die jetzige ZPO. hat das alte Prinzip des den deutschen Bedürfnissen nicht genügenden Parteibetriebs als solches aufrecht erhalten bei der Klage, der Berufung und dem Einspruch, aufgegeben aber bei der Revision (§ 555 in der Fassung der Novelle vom 5./6. 05), und von jeher nicht gehabt bei der Beschwerde. Aber auch in den ersten Fällen besteht es im amtsgerichtlichen Verfahren nur zum Scheine weiter (§ 497), und der § 207 II ist auch nur ein Notbehelf. Das GewGG. § 32 hat offen den Fehler gut gemacht. Wie lange muß der ordentliche Prozeß darauf warten?

klärungen, welche schon in die Klagschrift aufgenommen werden können[29]) und auf eine zivilistische Wirkung abzielen, nicht in Betracht, noch weniger aber die materiellen Wirkungen, die sich an die Tatsache, daß die Rechtshängigkeit eingetreten ist, kraft Gesetzes anknüpfen.[30])

Prozeßrechtlich ist die Klagerhebung diejenige Prozeßhandlung, welche das Prozeßverhältnis erzeugt, also die Entscheidungspflicht des Gerichts begründet und den Gegner in die Beklagtenrolle hineinzwingt. Als Klage ist diese Prozeßhandlung keinenfalls ein zivilistisches Rechtsgeschäft. Sie könnte höchstens gleichzeitig ein solches enthalten. Aber auch insofern als sie eine privatrechtliche Willenserklärung[31]) enthält, untersteht sie nicht den Normen des bürgerlichen Rechts, sondern denen des Prozeßrechts.[32])

IV. Die Entstehung des Prozeßverhältnisses (die Rechtshängigkeit) ist nicht denkbar ohne Klagerhebung; aber sie ist nicht davon abhängig,

1. daß die Klage ordnungsmäßig erhoben ist (die Prozeßvoraussetzungen vorhanden sind),[33])

2. noch weniger davon, daß die Klage begründet ist.[34]) Die Klagvoraussetzungen sind die Voraussetzungen erfolgreicher Klage, aber sie sind nicht Bedingungen für die Existenz des Prozesses. Vielmehr gibt die sie behandelnde Lehre gerade Auskunft darüber, ob die Entscheidung zu Gunsten des Klägers oder des Beklagten auszufallen hat. Dies ist gerade die in dem Prozesse zu entscheidende Frage,[35]) bei der es nach heutigem Rechte auf die Zeit des Schlusses der Tatsachenverhandlung ankommt.[36])

Der Prozeß ist ein Kampf ums Recht oder kann es doch sein.[37]) Streiten die Parteien, so kann nur eine von ihnen das Recht auf ihrer Seite haben. Wer es sei, das soll die Verhandlung und, wenn nötig, die Beweisaufnahme herausstellen. Darüber, wie dies zu geschehen hat, gibt die Lehre von der Entwicklung des Prozesses Auskunft.

---

[29]) Z. B. Anfechtung, Aufrechnung, Wahlerklärung, Rücktritt. Vgl. o. Bd. 1 § 35.

[30]) Vgl. z. B. BGB. §§ 209, 294, 990 f. Alle diese materiellrechtlichen Wirkungen treten einerseits ganz unabhängig von dem Inhalt der Erklärung des Klägers und von seinem Willen ein, anderseits aber nur — im Gegensatz zu den Folgen der §§ 263,5 ZPO. — dann, wenn die Klage begründet ist und zum Siege des Klägers führt. Die Ausnahme des § 212 BGB. bestätigt jene Regel.

[31]) In Betracht kommt nur die Geltendmachung eines Gestaltungsrechts, vgl. o. Note 29.

[32]) Soweit die Klage den im Text bezeichneten Inhalt hat, ist sie vorbereitender Schriftsatz, hat also keine selbständige Bedeutung, sondern bereitet nur die mündliche Verhandlung vor.

[33]) Vgl. näher unten § 66.

[34]) Die materiellen Wirkungen der Rechtshängigkeit (z. B. BGB. §§ 294, 989 f., 819) setzen eine begründete Klage und den Sieg des Klägers (in diesem Prozesse) voraus.

[35]) Vgl. Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit 51/3 gegen die von Bülow ZZP. 31 256 gegen diese Auffassung erhobenen Einwendungen.

[36]) Deshalb schadet es dem Kläger, wenn inzwischen eine Klagvoraussetzung weggefallen ist, und nützt es ihm, wenn sie inzwischen eingetreten ist. Vgl. o. Bd. 1 § 29.

[37]) Der weitaus größte Teil der Prozesse endigt ohne allen Kampf (durch Versäumnisurteil oder unwidersprochen bleibenden Zahlungsbefehl).

§ 65.

2. Klagmöglichkeit und Klagrecht.

I. Nach heutigem Rechte steht es jedermann frei, durch Klage eine Rechtsbehauptung zur Entscheidung zu stellen und damit das Prozeßverhältnis in das Leben zu rufen. Anders ist es im Strafprozeß, wenigstens insofern als schon die Eröffnung des Verfahrens voraussetzt, daß der „Angeschuldigte" der Tat „hinreichend verdächtig erscheint".[1]) Nur dann, wenn der Ankläger solche Verdachtsgründe beigebracht hat, kann er verlangen, daß das Hauptverfahren eröffnet werde (StPO. §§ 201, 423). Im Zivilprozeß aber genügt die nackte Aufstellung der Rechtsbehauptung, um die Zulassung der Klage zu erlangen und durch ihre Zustellung das Prozeßverhältnis zu begründen; es findet keine Vorprüfung über die Zulässigkeit und Schlüssigkeit der Rechtsbehauptung statt; es wird keine Glaubhaftmachung, kein Kalumnieneid, keine Sicherheitsleistung [2]) verlangt, um den Gegner in die Stellung des Beklagten zu bringen und ihn dadurch zu nötigen, gegenüber einem ungerechtfertigten Angriff für seine Verteidigung zu sorgen, im landgerichtlichen Verfahren also einen Anwalt zu bestellen. — Der Grund der verschiedenen Behandlung liegt auf der Hand. Angeklagter in einem Strafprozeß zu sein, ist eine viel schwerere Gefährdung als in einen Zivilprozeß verwickelt zu werden. Unser heutiges Recht betrachtet die drohende Prozeßkostenpflicht als eine genügende Sicherung gegen den in der Behelligung mit unbegründeten Klagen liegenden Mißbrauch der Klagmöglichkeit.

Diese jedermann zustehende Klagmöglichkeit (das von manchen sog. abstrakte Klagrecht) und die in ihr liegende Befugnis, die Entscheidungsgewalt des angegangenen Gerichts zu entfesseln und seine Entscheidungspflicht zu begründen, ist als ein **besonderes** prozessuales Recht nicht anzuerkennen.[3])

---

[1]) Sucht man nach einer zivilprozessualen Parallele, so ist mit der Eröffnung des Hauptverfahrens das römische iudicium dare, mit ihrer Verweigerung die prätorische denegatio actionis ungefähr zu vergleichen.

[2]) Die Unterlassung der in Bd. 1 § 27, I bezeichneten Sicherheitsleistungen erzeugt nur ein Prozeßeinrederecht.

[3]) Dies gilt auch von Bindings (Strafrecht 1 193) Strafklagrecht als „dem von dem Strafrecht ganz unabhängigen öffentlichen Recht auf Konstituierung des Prozeßverhältnisses und Endigung desselben durch Urteil". Dieses Strafklagrecht, das merkwürdigerweise von Bülow ZZP. 31 200 anerkannt wird, unterscheidet sich von der Möglichkeit, durch Zivilklage ein Entscheidungsverfahren einzuleiten, nur dadurch, daß jene Möglichkeit nicht ganz so leicht gemacht ist (StPO. § 201). Von unserem konkreten Klagrecht ist es völlig verschieden. — Das Strafrecht steht — als das Recht, das Verbrechen zu sühnen — dem Staate zu; er übt es durch die Gerichte aus. Von ihm ist das prozessuale Recht, die Festsetzung der verwirkten Strafe zu betreiben, geradeso zu unterscheiden, wie von dem Privatrecht auf Leistung, Ehescheidung usw. die (prozessuale) Befugnis, wegen des zivilen Rechts Rechtsschutz durch Verurteilung usw. zu verlangen. Jenes Strafverfolgungsrecht ist nicht mit der Behauptung des Verbrechens, nicht mit der Verdächtigung des Angeschuldigten gegeben, sondern nur dann, wenn er schuldig ist. Es steht zu: a) regelmäßig nur dem Staat, repräsentiert durch die Staatsanwaltschaft (StPO. § 152), ausnahmsweise (§ 464) auch durch Verwaltungsbehörden (da der Staat durch ver-

Denn der Begriff des Rechts setzt voraus, daß ich eine Stellung habe, die mich gegenüber anderen bevorzugt. Die Möglichkeit, jede beliebige Klage zur Verhandlung zu bringen, ist nur ein unselbständiger Ausfluß des Persönlichkeitsrechts.[4])

Die Klagmöglichkeit meint das Gesetz nicht, wenn es sagt: Ist das Interesse an der Feststellung vorhanden, so „kann auf sie geklagt werden" (§ 256), oder: Ist eine Änderung der Verhältnisse eingetreten, so „ist jeder Teil berechtigt, im Wege der Klage eine entsprechende Änderung des Urteils zu verlangen" (§ 323), oder „Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen" (BGB. § 862 I, 2).[5]) Hier ist von dem prozessualen Rechte auf eine bestimmte Feststellung oder Verurteilung oder auf Vollziehung einer bestimmten Rechtsänderung und von seinen Voraussetzungen die Rede. Dieses konkrete Recht (unser [publizistisches] Klagrecht) ist also nur dann vorhanden, wenn die konkrete Rechtslage die in dem Gesetz für das Recht zur Klage geforderte bestimmte Gestaltung angenommen hat. Diese Voraussetzungen einer begründeten Klage werden hier die Klagvoraussetzungen genannt.[6])

II. Hieraus ergibt sich das Verhältnis von Klagmöglichkeit und Klagrecht und die Bedeutung der Klagvoraussetzungen für das Prozeßverhältnis von selbst.

1. Die Klagmöglichkeit steht jedermann zu, das Klagrecht aber nur demjenigen Kläger, zu dessen Gunsten die Klagvoraussetzungen gegeben sind.

---

schiedene Arten von Organen tätig wird, so werden die Staatsanwaltschaften gegenüber den Gerichten als ganz selbständig behandelt); b) bei gewissen strafbaren Handlungen aber auch dem Verletzten (StPO. § 414); c) accessorisch dem Nebenkläger (StPO. § 435), der mit dem Nebenintervenienten zu vergleichen ist. — In § 415 kommt die Natur des Strafverfolgungsrechts zum klaren Ausdruck. Hier wird von der „Berechtigung zur Privatklage", von der „Ausübung dieses Rechts" gesprochen. Das Recht auf Strafe steht nur dem Staat zu, aber der Private kann in die Lage kommen, über dieses Recht zu prozessieren. Die Verurteilung enthält Feststellung des staatlichen Strafrechts, welches aus der zur Aburteilung gestellten Tat entspringt, wie die Verurteilung zur Zahlung die Feststellung des Anspruchs auf Zahlung enthält; in beiden Fällen erzeugt die Verurteilung das Vollstreckungsrecht. Die Freisprechung ist Verneinung, daß aus der Tat das behauptete Strafrecht entspringe. Die Einstellung (StPO. §§ 259 II, 429 I) ist Verneinung des Strafklagrechts wegen Fehlens einer prozessualen Voraussetzung. — Goldschmidt, Festschrift für Hübler (1905) lehrt, daß der (zivile und strafrechtliche) Rechtsschutzanspruch (Klagrecht) in das Gebiet des „materiellen Justizrechts" gehöre, und glaubt damit manche der Schwierigkeiten und Einwände der Gegner unserer Theorie zu beseitigen. M. E. ist mit dieser Formel nichts gewonnen. Jener neue Begriff ist willkürlich und verengert den Begriff des Prozeßrechts in unzulässiger und undurchführbarer Weise.

[4]) Dies wird jetzt von Degenkolb (§ 64 Note 27) anerkannt, während Goldschmidt a. a. O. 11 wieder das abstrakte Klagrecht verteidigt.

[5]) Weitere Belege: ZPO. §§ 255, 257,9, 767, 784; BGB. §§ 12, 1004 I, 2, 1227, 1053, 1134, 550, 1565 f., 1418, 1425, 1468. Vgl. o. Bd. 1 § 22[16], Klagrecht und Klagmöglichkeit § 5. Degenkolb, Beiträge 39 will diese Beweise für die den Gesetzen zugrunde liegende Auffassung durch den Hinweis entkräften, daß es bei der Abfassung der ZPO. eine ausgebildete Theorie des Klagrechts noch nicht gegeben habe.

[6]) Vgl. o. Bd. 1 §§ 22, 23 und u. § 66.

Ist er nun klagberechtigt, so liegt in der Klagerhebung der Gebrauch des ihm zustehenden Rechts, die Verurteilung usw. zu verlangen, also die (zur Durchsetzung erforderliche) Ausübung des ihm zustehenden prozessualen Rechts gegenüber dem angegangenen Gericht. Eine solche Klage begründet also eine Phase in der Entwicklung des schon vor dem Prozeß vorhandenen Klagrechts auf Verurteilung usw. Ob sie zu dem Siege des Klägers führt, hängt nicht einfach davon ab, daß er das Recht auf das verlangte Urteil hat, sondern davon,

α) daß die Klage in prozeßordnungsmäßiger Weise erhoben ist (Prozeßvoraussetzungen),

β) daß dem Gericht, dem gegenüber die Behauptung allein nicht genügt, das Vorhandensein der Klagberechtigung dargetan wird.

Sind die zum Siege des Klägers erforderlichen Voraussetzungen erfüllt, so ergeht das seinem Antrage entsprechende Urteil zur Hauptsache (über den Prozeßgegenstand), und nur über diesen schafft es Rechtskraft, nicht aber über die Vorfragen, deren Entscheidung nötig war, um zu der Entscheidung über den Klagantrag zu gelangen (§ 322). Die Urteilsformel lautet nicht über das Klagrecht, sondern leistet ihm Genüge, weil das Gericht zu dem Ergebnis gekommen ist, daß der Kläger die Verurteilung usw. mit Recht verlangt hat. Weil dies bejaht wird, wird dem Kläger die Verurteilung usw. gewährt, nicht aber wird nur ausgesprochen, daß der Kläger die Verurteilung verlangen könne. Sie bejaht das Klagrecht nur insofern, als diese Bejahung darin enthalten ist, daß das Gericht ihm Genüge leistet.[7])

2. Ist die Klage nicht begründet, so liegt in ihrer Erhebung

a) gegenüber dem Gerichte die Anrufung einer (staatlichen) Rechtsschutzpflicht, die in Wahrheit nicht besteht, weshalb sie auch nicht zu erfüllen ist,

b) gegenüber dem Beklagten eine falsche Rechtsberühmung oder Rechtsbestreitung, weshalb dieser ein Interesse an der entsprechenden rechtskraftsfähigen Feststellung gewinnt.

Diese erhält er dadurch, daß die Klage als unbegründet abgewiesen wird. Diese verneint nicht etwa nur das Klagrecht, sie sagt nicht nur, daß der Kläger die Verurteilung usw. nicht verlangen könne, sondern sie ergeht über die Hauptsache, über das eingeklagte Recht. Dies geschieht

---

[7]) Hierdurch (vgl. auch schon o. Bd. 1 § 24 I, 1 a und Klagrecht u. Klagmöglichkeit 86/7) erledigen sich die Einwendungen von Pagenstecher, Arch. f. ziv. Pr. 97 25 f., der meint, nach meiner Ansicht bilde doch „eigentlich" das Klagrecht den Prozeßgegenstand, wie dies ja in der Tat die Ansicht von Wach ist (o. Bd. 1 § 23[2]). Auch Degenkolbs (Beiträge 36/7) Erörterungen treffen meine Auffassung des Begriffs des Klagrechts nicht. — Stellt sich heraus, daß eine prozessuale Klagvoraussetzung fehlt, so wird die Klage als unzulässig (zur Zeit) abgewiesen, und dies bedeutet nur die Feststellung, daß zur Zeit ein Recht, das beantragte Urteil zu verlangen, aus dem zur Abweisung führenden prozessualen Grunde fehlt, vgl. o. Bd. 1 § 24 I, 3.

1. im Interesse der Prozeßökonomie und 2. im Interesse des Beklagten. Würde nur die Verneinung des Klagrechts ausgesprochen, so bliebe für den Beklagten eine Unsicherheit der Rechtslage zurück. Das Urteil würde nicht Rechtskraft über die vom Kläger aufgestellte materielle Rechtsbehauptung schaffen,[8]) und dem Beklagten müßte überlassen bleiben, durch eine selbständige Klage die Feststellung zu betreiben, daß der Kläger sich mit Unrecht des eingeklagten Rechts berühmt habe.

Unsere Prozeßeinrichtung vermeidet diesen Umweg. Bei unbegründeter Klage versagt das Gericht nicht nur dem Kläger den Rechtsschutz (a), sondern es gewährt ihn sogleich dem Beklagten durch die Feststellung, daß die Klage (d. h. die in ihr aufgestellte Rechtsbehauptung) unbegründet sei. Auf diese Feststellung hat der Beklagte ein Recht,[9]) dessen Verwirklichung dadurch gesichert ist, daß der Kläger ohne seine Einwilligung die Klage nicht zurücknehmen kann, sobald der Beklagte zur Hauptsache verhandelt hat (§ 271). Weicht der Kläger durch die (zulässige) Zurücknahme der Entscheidung aus, so bleibt dem Beklagten nichts anderes übrig, als sein Interesse an der Feststellung der Unrichtigkeit der Rechtsbehauptung, die der Kläger in der Klage aufgestellt hatte, durch selbständige Klage geltend zu machen, wie denn auch die Erhebung der Inzidentfeststellungsklage (§ 280) dem Beklagten verschlossen ist, wenn die Klage zurückgenommen wurde.

Die Durchsetzung des Rechtsschutzanspruchs des Beklagten in dem anhängigen Prozesse ist hiernach davon abhängig, daß in diesem zur Hauptsache entschieden werden kann. Sie entfällt also auch dann, wenn dies nicht zulässig ist, weil eine Prozeßvoraussetzung fehlt oder weil die Klage wegen Mangels einer prozessualen Klagvoraussetzung als unzulässig abgewiesen werden muß, eine Verhandlung zur Hauptsache also gar nicht stattzufinden hat.[10])

§ 66.

3. Prozeßverhältnis und Prozeßvoraussetzungen. Prozessuale Klagvoraussetzungen.

Prozeß- und prozessuale Klagvoraussetzungen.

1. Der Begriff der Prozeßvoraussetzung ist gesetzlich nicht festgelegt. Bülow hat ihn in die Prozeßrechtswissenschaft eingeführt. Er versteht dar-

[8]) Bedeutet die absolutio nur Lösung aus dem Prozeßverhältnis, so hat der Freigesprochene nur dann und insoweit einen Schutz, als der Satz gilt: de eadem re ne bis sit actio. Schon das römische Recht ist aber bei dieser bloß negativen Wirkung nicht stehen geblieben.

[9]) Dies ist der sog. Rechtsschutzanspruch des Beklagten, dessen Existenz noch lebhafter bestritten ist, als der des Klägers (Klagrecht). Vgl. o. Bd. 1 S. 145,6, 162 I, 1 b, Klagrecht und Klagmöglichkeit 47,9, Stein, Voraussetzungen 20 f., dagegen bes. Pagenstecher, Arch. f. ziv. Pr. 97 20 f.

[10]) Beispiel: Bei Klage auf Verurteilung fehlt die Zuständigkeit oder eine Voraussetzung der §§ 257/9 für die Verurteilung auf künftige Leistung. Im ersten

unter „die Erfordernisse für die Zulässigkeit, die Vorbedingungen für das Zustandekommen des ganzen Prozeßverhältnisses“,[1] die „Existenzbedingungen für das Prozeßverhältnis“, die „Erfordernisse rechtsgültigen Zustandekommens des Prozeßverhältnisses“.[2]

Unter Prozeß wird hier im Anschluß an die römische Auffassung[3] nur dasjenige Verfahren verstanden, das zu einer Entscheidung in der Hauptsache führt. Die Vorstellung ist also, daß, wenngleich das Gericht mit einem Streite befaßt ist, ein Prozeßverhältnis dann überhaupt nicht vorhanden ist, wenn eine Entscheidung zur Hauptsache nicht gefällt werden kann.[4]

Diese Auffassung ist nicht zu billigen. Sie beruht auf der eigenartigen Gestaltung des römischen Formularprozesses und kann auf den ganz andersartig eingerichteten heutigen Prozeß nicht übertragen werden. Die Feststellung der Voraussetzungen, unter denen der iudex in eine sachliche Prüfung eintreten durfte, lag allerdings dem Prätor ob, und die Römer sprachen von lis erst dann, wenn auf Grund dieser Feststellung die Litiskontestation vollzogen war. Ganz anders ist es heute. Die Prüfung der Prozeßvoraussetzungen (in dem Sinne, in dem dieser Ausdruck meistens gebraucht wird), fällt heute **in** den Prozeß. Die prozessualen Rechtsbeziehungen beginnen mit der Klagerhebung. Sie sind auch dann vorhanden, wenn die Verhandlung zu einer Beendigung des Prozeßverhältnisses durch ein Urteil führen muß, das nicht zur Hauptsache entscheidet. Für jene Rechtsbeziehungen gelten alle diejenigen Grundsätze, die überhaupt für die Entwicklung des Prozeßverhältnisses maßgebend sind. So tritt auch dann die Rechtshängigkeit ein;[5] es kann das Verfahren zum Stillstand kommen (§ 239 f.); es kann Succession in die Parteistellung und somit in das Prozeßverhältnis stattfinden; dieses muß durch Endurteil gelöst werden; die Prozeßkostenpflicht, die sich aus ihm entwickelt, ist vorhanden.

Kann dies alles nicht geleugnet werden, so ergibt sich, daß man die

---

Falle muß Prozeßabweisung erfolgen, im zweiten Falle Abweisung der Klage als unzulässig, ohne daß die Frage, ob die eingeklagte Forderung besteht, zu erörtern und, falls sie schon erörtert wäre, zu entscheiden ist. — Diese eben bezeichneten Abweisungen kann der Beklagte allerdings verlangen. Wir nennen dieses Recht nicht Rechtsschutzanspruch, weil wir diesen Ausdruck für die Erteilung des Rechtsschutzes in Beziehung auf die Hauptsache reservieren.

[1] Bülow, Lehre von den Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen (1868) 6.

[2] ZZP. 27 236.

[3] Vgl. o. § 64 II.

[4] Weismann, Hauptintervention 117[22a] bezeichnet die Prozeßvoraussetzungen als die Voraussetzungen, „unter denen die Klage den Prozeß begründet“. (Richtiger jetzt Lehrb. I § 89 XI.) Stein bei Gaupp-Stein, Erl. I zu § 274 und in Birkmeyers Encyklopädie § 6 spricht beim Mangel einer Prozeßvoraussetzung nur von einer „tatsächlichen Existenz des Prozesses“, verneint aber seine „rechtliche“ Existenz. Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis 52 sagt: „Die Klagerhebung ist nichtig und engagiert keinen Prozeß, es tritt daher auch kein Prozeßverhältnis ein“. Ötker, Grundbegriffe 1 35 unterscheidet Prozeß im weiteren und engeren Sinne. Wach I § 3 II scheidet Hauptverfahren und Vorverfahren.

[5] Dies ist später nachzuweisen (§ 68 III). In beschränktem Maße hat die Rechtshängigkeit sogar materiellrechtliche Wirkungen (BGB. § 212).

Prozeßvoraussetzungen (in dem weiten Sinne der herrschenden Lehre) nicht als Voraussetzungen für die Existenz des Prozeßverhältnisses auffassen darf. Vielmehr könnten sie nur als die Voraussetzungen dafür bezeichnet werden, daß das Gericht eine Entscheidung zur Hauptsache fällen darf.[6] [7]

2. In diesem Lehrbuch wird der Begriff der Prozeßvoraussetzungen in einem engeren Sinne genommen. Wir unterscheiden unter den Voraussetzungen, die vorliegen müssen, damit eine Entscheidung zur Hauptsache (zu Gunsten des Klägers oder des Beklagten) gefällt werden kann:

1. die Prozeßvoraussetzungen,
2. die prozessualen Klagvoraussetzungen.

1. Die Prozeßvoraussetzungen in unserem Sinne betreffen lediglich den Akt und die Art der Klagerhebung (Zustellung der zugelassenen Klagschrift) und die sachliche Entscheidungsgewalt des Gerichts.

a) Sie sind nur:

α) gehörige Form der Klagerhebung,[8] nämlich

Prozeßfähigkeit der bei ihr selbst handelnden Parteien **oder** Vertretungsmacht der in ihrem Namen handelnden gesetzlichen Vertreter,[9])

Unterzeichnung der Klagschrift durch den bevollmächtigten und bei dem Prozeßgericht zugelassenen Rechtsanwalt des Klägers, wenn die Klage vor einem Landgericht erhoben wird (§ 78),

Klagschrift mit dem wesentlichen Inhalt des § 253,

Zustellung der vom Gericht zugelassenen Klagschrift.[10]

β) Wahl der zulässigen Prozeßart (§§ 595 II, 615) und Zulässigkeit einer etwaigen Klagenverbindung.

γ) Zuständigkeit des gewählten Gerichts.[11]

---

[6]) Vgl. o. Bd. 1 § 22 I. — Auch Entwurf I § 171 verwendete in diesem Sinne den Ausdruck „Prozeßvoraussetzungen". Das BGB. § 212 vermeidet den Ausdruck und spricht sachlich gleichbedeutend von einem Urteil, das „nicht in der Sache selbst (= Hauptsache) entscheidet".

[7]) Nur das Dürfen, nicht das Können des Gerichts ist beschränkt. Das Urteil, das trotz Fehlens einer Prozeßvoraussetzung ergangen ist, ist wirksam, wenn es rechtskräftig geworden ist. Das Fehlen kann nur einen Grund für die Anfechtung durch Rechtsmittel abgeben; nur ganz wenige Verstöße berechtigen zur Anfechtung (im Wege der Nichtigkeitsklage), wenn das Urteil rechtskräftig ist (§ 579).

[8]) Von manchen wird die Klagerhebung den Prozeßvoraussetzungen entgegengesetzt (so Gaupp-Stein, Erl. I zu § 274, Stein, Urkundenprozeß S. 63, Schmidt S. 795, früher auch Weismann, Hauptintervention §§ 112 f. [anders jetzt in s. Lehrbuch I § 89]). Dagegen Bülow, Prozeßeinreden 5 f. und besonders ZZP. 27 237 f.

[9]) Vgl. näher u. §§ 125, 129. Prozeßfähigkeit bzw. Vertretungsmacht kommen nicht nur für die Prozeßgründung, sondern auch für diejenigen Prozeßhandlungen in Betracht, die im Laufe des Prozesses vorgenommen werden. Sie sind allgemeine Gültigkeitsbedingungen, aber ihr Fehlen hat sehr verschiedene Wirkung (vgl. nachher b, γ).

[10]) Es ist zu unterscheiden 1. Fehlen der Zustellung und 2. Mangelhaftigkeit der bewirkten Zustellung, so daß diese geheilt werden kann. Vgl. u. § 68.

[11]) Weder zu den Prozeßvoraussetzungen noch zu den Klagvoraussetzungen gehört die Fähigkeit des Richterpersonals (§§ 41 f.), mit dem die Gerichtsbehörde besetzt ist. Diese Fähigkeit hat für die Entstehung des Prozeßverhältnisses keine Be-

Sind in einem Prozesse mehrere dieser Prozeßvoraussetzungen streitig, so ist bei der Frage, welche von ihnen vor der anderen zu prüfen ist, das logische Verhältnis maßgebend. Dies führt dazu, daß die Erfordernisse unter α in erster Linie stehen und innerhalb derselben wieder die Prozeßfähigkeit bzw. die Legitimation des Vertreters. Erst nach ihnen ist die Zuständigkeit zu prüfen.[12])

Dies ist eine Übersicht über die Erfordernisse der Klagerhebung als des Aktes der erstmaligen Begründung des Prozeßverhältnisses. Entsprechend sind im allgemeinen die Erfordernisse für die im Laufe der Instanz vorzunehmende Erweiterung und Veränderung des Prozeßgegenstandes durch Widerklage, Klagerweiterung und Klagänderung.[13])

b) Das Gemeinsame der Prozeßvoraussetzungen in unserem Sinne und somit der Grund, der es rechtfertigt, sie als eine besondere Klasse unter einem besonderen Namen zusammenzufassen und von den prozessualen Klagvoraussetzungen zu sondern, liegt in folgendem:

α) Der Mangel einer jeden von ihnen hat die gleiche Folge: Ablehnung jeder sachlichen Entscheidung durch ein die Prozeßabweisung[14]) aussprechendes Urteil. Dieses löst das Prozeßverhältnis mit rückwirkender Kraft. Es wird nun so angesehen, als sei die Klage nicht erhoben.[15])

β) Es handelt sich nur um den modus procedendi in Beziehung auf die Prozeßbegründung. Diesen kann der Kläger nach Belieben einrichten. Die Prozeßabweisung kann deshalb stets vermieden werden. Der Kläger braucht nur seine auf die Prozeßbegründung abzielende Handlung gehörig einzurichten.

γ) Aus dem gleichen Grunde — weil nur die Erfordernisse von Prozeßhandlungen in Frage stehen — genügt es, wenn die Prozeßgründung fehlerlos vorgenommen ist. Ist dies geschehen, so kann es nie zur Prozeßabweisung kommen. In diesem Sinne kann man sagen, daß es bezüglich der Prozeßvoraussetzungen (in unserem Sinne) nur auf die Zeit der Klagerhebung ankommt: sie können nicht nachträglich fortfallen.[16]) Wohl aber ist es möglich, daß der Mangel in einer Prozeßgründungs-

---

deutung. Ihr Mangel berührt nur die Gültigkeit der gerichtlichen Entscheidungen, s. u. § 79.

[12]) So auch RG. 34 Nr. 103, 44 Nr. 85, vgl. o. Bd. 1 § 24[10].

[13]) Auf Einzelheiten in dieser Beziehung wird hier noch nicht eingegangen. Betont sei nur, daß die Form nicht Zustellung einer Klagschrift, sondern Vortrag in der mündlichen Verhandlung ist (§ 280), und daß noch andre Erfordernisse hinzukommen (vgl. z. B. §§ 33, 264).

[14]) Über den Ausdruck vgl. o. Bd. 1 § 22[5].

[15]) Aufhebung ex tunc ist nicht etwa Deklaration, daß das aufgehobene Rechtsverhältnis niemals bestanden habe, sondern bedeutet nur Rückdatierung der Wirkung der jetzt eingetretenen Aufhebung. Das zeigt sich hier deutlich darin, daß die Prozeßkostenpflicht eintritt. Eine (bedingte) Beschränkung der Rückwirkung enthält BGB. § 212.

[16]) Vom nachträglichen Fortfall von Prozeßvoraussetzungen spricht Schmidt § 147. Aber ein Fortfall ist nur möglich bei den Klagvoraussetzungen, die Schmidt zum Teil unter jenen mitbegreift. Vgl. nachher unter 2, b, β.

handlung nachträglich mit Wirkung ex tunc geheilt wird; auch kann das Fehlende nachgeholt werden.[17])

Ändern sich nachträglich die Verhältnisse so, daß die Klagerhebung unter den späteren Umständen nicht mehr vorgenommen werden könnte, so ist die Folge ganz anderer Art.

Waren zur Zeit der Klagerhebung die Tatsachen vorhanden, die die Zuständigkeit begründeten, so bleibt diese stets bestehen (§ 263 II Nr. 2). Stirbt der Kläger oder der Beklagte oder wird einer von ihnen nachträglich prozeßunfähig oder verliert der Vertreter die Vertretungsbefugnis, so kann nur Unterbrechung des Prozesses eintreten (§§ 239 f.). Es handelt sich also um solche Ereignisse, die lediglich die Art bestimmen, wie sich das begründete und bestehen bleibende Prozeßverhältnis weiter entwickelt. Die Prozeßfähigkeit der handelnden Partei und die Legitimation des Vertreters haben übrigens Bedeutung nicht nur für die Prozeßbegründung, sondern auch für die Gültigkeit der weiteren Prozeßhandlungen.[18])

c) Den Prozeßvoraussetzungen als den Voraussetzungen vollwirksamer Klagerhebung entsprechen sowohl ihrer Art nach als auch hinsichtlich der Wirkung ihres Fehlens die Voraussetzungen für die wirksame Einlegung eines Rechtsmittels oder des Einspruchs (Berufungsvoraussetzungen usw.).[19]) Fehlt eine solche Voraussetzung für die Eröffnung einer neuen Instanz, oder — beim Einspruch — der Wiedereröffnung, so wird die Berufung usw. als unzulässig verworfen.[20]) Das ist hinsichtlich der Berufung eine Entscheidung derselben Art wie die Prozeßabweisung. Letztere ist Ablehnung jeder sachlichen Entscheidung über die Klage, jene Verwerfung ist Ablehnung der sachlichen Nachprüfung der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung (auf dieses Rechtsmittel hin).

2. Prozessuale Klagvoraussetzungen.

a) Als solche werden hier bezeichnet

α) die Parteifähigkeit der klagenden oder verklagten Person oder Organisation (ihre Fähigkeit, prozessuale Rechte, also auch das Recht auf Gewährung des Rechtsschutzes zu haben),[21])

---

[17]) Über Heilung und Nachholung vgl. näher § 67.

[18]) Über diese allgemeinen Gültigkeitsbedingungen ist später näher zu handeln. Sie kommen auch bei gerichtlichen Handlungen in Betracht. Die Folgen ihres Fehlens, die Möglichkeit der Heilung usw. sind sehr verschieden geregelt.

[19]) Ötker, Grundbegriffe 1 36 gebraucht den Ausdruck Instanzvoraussetzungen, Fitting (7) 551 spricht bei einem Mangel in denselben von Berufungshindernissen. Zur Veranschaulichung werden hier beispielsweise die Berufungsvoraussetzungen aufgezählt. Sie sind 1. Zulässigkeit der Berufung, 2. Angehung des zuständigen Gerichts, 3. Einlegung der Berufung in gehöriger Form und 4. durch einen legitimierten Vertreter. Alle diese Erfordernisse beziehen sich ebenso wie die Prozeßvoraussetzungen nicht auf den abgeurteilten und nachzuprüfenden Prozeßstoff, sondern auf die Eröffnung der Möglichkeit der Nachprüfung.

[20]) Das ist etwas anderes, als die Zurückweisung der Berufung usw. als unbegründet, wodurch die gefällte Entscheidung bestätigt wird.

[21]) Vgl. o. Bd. 1 § 23 III, 1 und unten § 112.

β) die Zulässigkeit des Rechtswegs (Verheißung des Rechtsschutzes im [ordentlichen] Zivilprozeßweg für Rechtsstreitigkeiten der fraglichen Art),[22])

γ) das Vorhandensein der inländischen Gerichtsbarkeit,[23])

δ) das Prozeßführungsrecht auf seiten des Klägers und des Beklagten (die Befugnis dieses Klägers, den Anspruch im Wege der Klage gegen diesen Beklagten geltend zu machen),[24])

ε) ein Rechtsschutzgrund (Rechtsschutzinteresse), d. h. eine solche Gestaltung der konkreten Verhältnisse, in der das Prozeßrecht einen genügenden Grund für die Gewährung der Verurteilung (§§ 257/9), Feststellung (§ 256) oder Rechtsänderung erblickt),[25])

ζ) Nichtgebrauch von (begründeten) Prozeßeinrederechten (prozessualen Gegenrechten, kraft deren der Ausübung eines Klagrechts bis zum Wegfall eines gewissen Umstandes widersprochen werden kann).[26])

Als materiellrechtliche Klagvoraussetzungen werden hier die Voraussetzungen bezeichnet, die sich auf den Prozeßgegenstand (auf die Existenz, den Inhalt und die zivilistische Wirksamkeit des eingeklagten Rechtsverhältnisses) beziehen.

b) Das Gemeinsame, was diese hier als prozessuale Klagvoraussetzungen bezeichneten Rechtsschutzbedingungen charakterisiert und es notwendig macht, sie unter einem besonderen Namen zusammenzufassen und von den Prozeßvoraussetzungen zu unterscheiden, ist folgendes.

α) Ebenso wie die Prozeßvoraussetzungen bestimmen sich auch die prozessualen Klagvoraussetzungen nach dem (inländischen) Prozeßrecht und sind sie Bedingung dafür, daß eine Entscheidung zur Hauptsache ergehen darf. Einige — nicht alle — Prozeßvoraussetzungen (die Prozeßfähigkeit und die Legitimation des bei der Klagerhebung beteiligten gesetzlichen Vertreters und die Zuständigkeit) haben mit einigen prozessualen Klagvoraussetzungen (Zulässigkeit des Rechtswegs und Parteifähigkeit) und einigen Prozeßeinrederechten (§ 274 II Nr. 3—6) das gemeinsam, daß das Gesetz die Einwendung des Beklagten mit dem Namen „prozeßhindernde Einrede" belegt und über die Zeit und die Wirkung des Vorbringens von solchen Einwendungen besondere Vorschriften gibt (§§ 274/5).

β) Der Unterschied der beiden Arten von Voraussetzungen liegt

aa) in der Wirkung, die ihr Fehlen hat. Beim Mangel einer Prozeßvoraussetzung ergeht Prozeßabweisung; beim Mangel einer prozessualen

---

[22]) Vgl. o. Bd. 1 § 10 II, III. [23]) Vgl. o. Bd. 1 §§ 15, 16, 18.

[24]) Vgl. Bd. 1 § 23 III, 4, §§ 48—56 u. unten § 115 (über den Unterschied von der Prozeßfähigkeit). Über das Verhältnis zur Sachlegitimation, unter der wir nur die subjektive Zuständigkeit des abzuurteilenden Rechtsverhältnisses verstehen, vgl. o. Bd. 1 § 23 bei Note 37 f. u. §§ 50/1.

[25]) Vgl. o. Bd. 1 § 23 III, 5 und §§ 57—62. S. auch § 26 über den Wegfall des Rechtsschutzinteresses durch Gewährung des Rechtsschutzes.

[26]) Vgl. o. Bd. 1 §§ 27/8.

Klagvoraussetzung aber Abweisung der Klage, jedoch nicht so, daß über den Prozeßgegenstand geurteilt wird, sondern so, daß nur ausgesprochen wird, wegen des Mangels könne Rechtsschutz nicht erteilt werden. Also nicht Verneinung des eingeklagten Rechts, sondern Abweisung der Klage als unzulässig.[27]) Diese ist eine Entscheidung gegen den Kläger. Sie ist sachliche Entscheidung, wenngleich keine Entscheidung zur Hauptsache.

bb) Die Prozeßabweisung ist stets vermeidbar (o. S. 15), nicht aber die Abweisung der Klage als unzulässig. Denn diese bestimmt sich nach der konkreten Rechtslage.[28])

cc) Die Prozeßvoraussetzungen bestimmen sich prinzipiell nach der Zeit der Klagerhebung, die Klagvoraussetzungen dagegen ausnahmslos nach der Zeit der Aburteilung (letzte Tatsachenverhandlung).

dd) Die Prozeßvoraussetzungen müssen auch vor den prozessualen Klagvoraussetzungen geprüft werden. Jede sachliche Entscheidung darf nur dann ergehen, wenn die Prozeßvoraussetzungen festgestellt sind.

Diese bereits o. §§ 22, 24 im einzelnen entwickelten Gründe machen es notwendig, innerhalb der Voraussetzungen für den Erlaß einer Entscheidung zur Hauptsache die dargelegten beiden Kategorien zu unterscheiden.[29]) Die prozessualen Klagvoraussetzungen bedingen das Klagrecht und sind deshalb bereits im dritten Buche in allen Einzelheiten dargestellt. In die Lehre von der Begründung und Entwicklung des Prozeßverhältnisses gehören nur die Prozeßvoraussetzungen.

Keinenfalls bedingen die prozessualen Klagvoraussetzungeu die Existenz des Prozeßverhältnisses.

§ 67.

4. Heilung und Nachholung in Beziehung auf Prozeßvoraussetzungen.

I. Heilung (mit Rückwirkung)[1]) tritt ein:

1. hinsichtlich der Zuständigkeit dadurch, daß diese

a) im Laufe des Prozesses eintritt, sei es durch Prorogation (§§ 38 bis 40), sei es dadurch, daß der Beklagte seinen Wohnsitz im Bezirk des

[27]) Dieser Ausdruck erscheint passender, als der Bd. 1 § 24 gebrauchte Ausdruck: Abweisung „zur Zeit“. Der Abweisung der Klage als unzulässig entspricht im Strafprozesse die Einstellung des Verfahrens (StPO. §§ 259, 429), die nicht Freisprechung ist, sich aber doch von der Entscheidung unterscheidet, durch die sich das Gericht für unzuständig erklärt.

[28]) Diejenigen Prozeßvoraussetzungen, die wir als prozessuale Klagvoraussetzungen bezeichnen, sind nicht Erfordernisse der nach Belieben einrichtbaren Klaghandlung (anders Bülow ZZP. 31 254).

[29]) Über die hiergegen erhobenen Einwendungen vgl. Klagrecht u. Klagmöglichkeit § 9.

[1]) Vgl. o. § 66 Note 15.

Prozeßgerichts begründet,[2]) sei es dadurch, daß dieses im Laufe des Prozesses gemäß § 36 ZPO. als das zuständige Gericht bestimmt wird,[3])

b) oder dadurch, daß die Möglichkeit, die Unzuständigkeit zu berücksichtigen, verloren gegangen ist.[4])

2. Der Mangel der Prozeßfähigkeit oder der Vertretungsmacht wird durch nachträgliche Genehmigung geheilt.[5]) Dieser Grundsatz findet auch Anwendung, wenn die Ersatzzustellung (§§ 181—186) an eine Person geschehen ist, an die sie nicht hätte geschehen dürfen.[6])

3. Ist der Inhalt der zugestellten Klagschrift in Beziehung auf wesentliche Stücke unvollständig (§ 253), so wird der Mangel jedenfalls durch Verzicht des Gegners oder durch Präklusion des Rügerechts (§ 295) geheilt. So, wenn die Ladung unterlassen ist, der Beklagte aber trotzdem erscheint, oder wenn er einen Anwalt zur Verhandlung geschickt hat, obwohl die Aufforderung, einen Anwalt zu bestellen, unterblieben war.

4. In derselben Weise (§ 295) werden Mängel in der Zustellung der (vom Gericht zugelassenen) Klagschrift geheilt,[7]) weil die Beobachtung der Vorschriften über die Art der Zustellung hier lediglich im Interesse des Beklagten liegt.[8])

II. Ist die Heilung eingetreten, so gilt die Klage als von Anfang an gültig erhoben. Dagegen hat die Beseitigung eines Mangels durch Nachholung des Fehlenden keine Rückwirkung. Auch gegen den Willen des Beklagten ist sie möglich. Sie geschieht in folgender Weise:

1. Liegt der Mangel darin, daß die Ersatzzustellung der Klagschrift unter Verletzung der §§ 181/6 ausgeführt ist, ergibt sich aber aus den eigenen Erklärungen des die Genehmigung verweigernden[9]) Beklagten, daß

---

[2]) So die erfreuliche Entscheidung RG. 52 Nr. 36.

[3]) So mit Recht RG. JW. 05 S. 148 Nr. 31 (1. Sen.).

[4]) Die Revision kann in vermögensrechtlichen Rechtsstreitigkeiten nicht darauf gestützt werden, daß das Berufungsgericht seine örtliche Zuständigkeit mit Unrecht angenommen hat (§ 549 II nach der Novelle vom 5./6. 1905). In Fällen, in denen Prorogation möglich ist, verliert der Beklagte die Möglichkeit, die Unzuständigkeit zu rügen, wenn er diese Rüge nicht gleichzeitig mit anderen „prozeßhindernden Einreden" vorgebracht hat (§ 274). Vgl. ferner § 10 und § 528 I, 2 und dazu u. § 94.

[5]) Vgl. §§ 89 II, 551 Nr. 5, 579 Nr. 4, s. u. §§ 118, 125, 129.

[6]) Die Wirksamkeit der (gehörigen) Ersatzzustellung beruht darauf, daß das Gesetz dem Empfänger die Macht zur (passiven) Vertretung des Zustellungsadressaten verleiht. (Vgl. u. § 123.) Der Mangel der Vertretungsmacht wird durch Genehmigung des Zustellungsadressaten geheilt. Diese liegt nicht schlechthin in der Annahme des Schriftstücks, sondern nur in der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung des Genehmigungswillens.

[7]) Eine Ausnahme kommt nur in Frage bei den Rechtsmittelklagen der §§ 586, 958 (Notfristen).

[8]) So auch die herrschende Meinung in Judikatur und Literatur, vgl. Seuffert, Erl. 5b, Gaupp-Stein, Erl. IV zu § 253. Bei Fehlern in der Ersatzzustellung liegt in dem „Verzicht" (§ 295) die Genehmigung (o. Note 6). Aber auch die Präklusion des § 295 kann hier in Frage kommen. Jedenfalls ist nach beiden Richtungen der § 295 von Bedeutung, wenn man den Gedanken ablehnt, daß in den bezeichneten Fällen eine Stellvertretung vorliegt.

[9]) Sonst gilt das zu I 2 Gesagte. Vgl. auch u. Note 11.

die Klagschrift in seine Hände gelangt ist, so gilt die Klage als erhoben in dem Augenblick, in dem er sie nach seiner Erklärung erhalten hat, also jedenfalls zur Zeit jener Erklärung, wenn er nicht einen früheren Zeitpunkt angibt.[10])

2. Die Prozeßchikane ist aber in noch weiterem Umfange abgeschnitten. Der § 226 BGB. kann zwar nicht direkt angewendet werden, wohl aber ist der ihm zugrunde liegende Gedanke bei der Auslegung des Prozeßgesetzes und bei dem Ausbau seiner Bestimmungen nicht außer acht zu lassen. Das Prozeßgesetz gibt seine Formvorschriften nicht zu dem Zwecke, um der Rechtsverfolgung Schwierigkeiten zu bereiten, sondern um die Ordnung im Verfahren aufrecht zu erhalten und berechtigte Interessen des Gegners zu wahren.

a) Seit der Novelle von 1898 (§ 264) muß der Beklagte es sich gefallen lassen, daß der Kläger mit Zustimmung des Gerichts an Stelle der bisherigen Klage eine neue Klage durch Klagänderung erhebt. Diese geschieht durch mündlichen Vortrag vor Gericht (§ 280) und ist vom Gericht zuzulassen, wenn die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird (§ 264).

α) Daraus folgt per arg. a maiore ad minus, daß der Kläger, wenn der Beklagte erschienen ist, die nicht gehörig zugestellte Klage durch Vortrag wiederholen,[11]) das etwa Fehlende (z. B. den Klaggrund oder die genauere Bestimmung des Klagantrags) ergänzen und Unrichtigkeiten in der Bezeichnung der Partei[12]) beseitigen kann. Solche Nachholung wesentlicher Angaben[13]) muß der Beklagte sich gefallen lassen, wenn seine Verteidigung dadurch nicht wesentlich schwerer wird, als wenn sogleich richtig ver-

---

[10]) So § 187, durch den die Novelle von 1898 die Prozeßchikane unmöglich gemacht hat, die früher dadurch geübt werden konnte, daß der Beklagte beantragte, die Klage, deren Schrift er in Händen hatte, zurückzuweisen, weil sie ihm nicht ordnungsmäßig zugestellt sei. — Hat der Beklagte die Klagabweisung durch Versäumnisurteil erwirkt, so fällt die Wirkung des § 187 nicht dadurch fort, daß das Prozeßverhältnis durch Einspruch in die frühere Lage zurückversetzt wird (§ 343).

[11]) Danach ist es jedenfalls ausgeschlossen, daß der erschienene Beklagte es vermeidet, die unter 1 bezeichnete Erklärung (§ 187) abzugeben, und Abweisung verlangt, weil die Klagschrift nicht an ihn gelangt sei. Für diesen Fall verteidigt Wach, Vorträge (2) 260 das richtige Resultat schon für das bisherige Recht. A. M. Gaupp-Stein, Erl. IV Note 87 zu § 253. — Ein anderes Beispiel: Der Vormund des beklagten Minderjährigen (§ 52) beantragt unter Verweigerung der Genehmigung (I 2) die Prozeßabweisung, weil die Klage entgegen dem § 171 I dem Beklagten selbst zugestellt sei.

[12]) Beispiel: Als Inhaber der beklagten Firma ist der Mann angegeben; die Frau erscheint und beantragt Abweisung, weil die Klage dem Manne zugestellt wurde, während sie ihr hätte zugestellt werden müssen, da sie jetzt die Inhaberin der Firma sei. (Zutreffend entschieden in Rspr. der OLG. II 77/9 Karlsruhe.) — Der Sohn und Erbe des Beklagten erscheint und beantragt Abweisung, weil sein Vater in der Klage als Beklagter genannt, die Zustellung aber an den Sohn erfolgt, also wirkungslos sei. (Vgl. dazu u. § 112.)

[13]) Die Beseitigung bloßer Ungenauigkeiten in der Parteibezeichnung usw. fällt unter § 268 Nr. 1 und ist jederzeit und schlechthin zulässig.

fahren wäre. Gibt der Beklagte an, er sei auf die sachliche Verteidigung deshalb nicht vorbereitet, weil er auf die Prozeßabweisung gerechnet habe, so entfallen alle Bedenken, wenn das Gericht von der ihm freistehenden Befugnis des § 228 Gebrauch macht und die Verhandlung vertagt. Sicher geht der Kläger, wenn er den Weg zu b) beschreitet.

b) Eine Nachholung ist ferner dadurch möglich, daß der Kläger dem Beklagten einen Schriftsatz zustellen läßt, der die Ergänzung oder Berichtigung enthält.[14]) Dies folgt aus dem bereits Ausgeführten, namentlich daraus, daß die Nachholung in der mündlichen Verhandlung zulässig ist. Bleibt zwischen der Zustellung des zweiten Schriftsatzes und dem Termin nicht die Einlassungsfrist (§ 261), so schließt dies die Wirksamkeit der Nachholung nicht aus,[15]) sondern führt nur zur Vertagung der Verhandlung.

Bei der Nachholung eines fehlenden wesentlichen Stückes der Klagschrift tritt die Rechtshängigkeit erst mit ihr ein. Im Falle 1 geht es direkt aus § 187 hervor; im Falle 2a ergibt es sich aus § 264 mit § 280.

3. Einer Heilung oder Ergänzung bedarf es überhaupt nicht, wenn das fehlende Stück des Tatbestandes der Prozeßgründung eine Handlung des Beklagten veranlassen sollte, diese aber trotz des Fehlens von ihm vorgenommen ist, so z. B. wenn die Ladung oder Aufforderung zur Anwaltsbestellung fehlte oder wenn in die dem Beklagten zugestellte Abschrift der Klage die gerichtliche Terminsanberaumung nicht eingesetzt ist.[16])

III. Die Prozeßvoraussetzungen sind absoluter Natur, soweit es sich um die Prozeßfähigkeit und gesetzliche Vertretung, um die Zulässigkeit der Prozeßart und um Fälle der ausschließlichen Zuständigkeit handelt. Sonst sind sie, wie gezeigt wurde, nachgiebigen Rechts.

In allen Fällen hat das Gericht den Mangel einer Prozeßvoraussetzung (anders ausgedrückt: das Fehlen oder die Inkorrektheit der Prozeßbegründung) von Amts wegen zu beachten. Dieser Satz steht keineswegs damit in Widerspruch, daß Heilung oder Ergänzung stattfinden kann. Ist diese oder jene

[14]) Schon nach altem Recht nahmen die Möglichkeit der Ergänzung an: RG. 21 S. 405,6, Wilmowski-Levy, Erl. 2 zu 230. Auf dem richtigen Wege, aber nicht weit genug gehend (vgl. Note 15) ist Struckmann-Koch, Erl. 8 zu § 253. A. M. Gaupp-Stein, Erl. IV 2 zu § 253, der fordert, daß die ganze Klagschrift nochmals zugestellt werde; bloße Ergänzung will er nicht zulassen. Noch strenger ist Seuffert, Erl. 5d u. 6 zu § 253. Er meint, successive Klagerhebung sei unzulässig; es bleibe dem Kläger nichts übrig, als die Klage zurückzunehmen (vgl. § 271 III 1) und sie korrekt von neuem zu erheben. Aber wem nützt diese Zeit- und Kostenverschwendung anders, als dem böswilligen Beklagten und den an den Prozeßkosten Beteiligten?

[15]) A. M. in dieser Beziehung ist Struckmann-Koch, Erl. 8 zu § 253.

[16]) In diesem Falle billigte das Reichsgericht (13 Nr. 83) die Abweisung des durch zwei Instanzen verhandelten Prozesses! Dagegen schon Pfizer bei Gruchot 31 10f. — Bei der Benutzung der älteren Judikatur und Literatur über die in diesem Abschnitt (II) behandelten Fragen ist nicht zu vergessen, daß der von einem gesunderen Rechtsgefühl erfüllte § 264 erst durch die Novelle von 1898 eingefügt ist.

eingetreten, so führt die Prüfung dazu, daß die Prozeßvoraussetzung nun vorhanden ist.[17])

Die Rüge des Mangels einer Prozeßvoraussetzung ist niemals Gebrauch eines Prozeßeinrede*rechts*.[18]) Sie enthält auch nicht das Vorbringen von Tatsachen, bezüglich deren der Beklagte stets die Beweislast hätte.[19]) Der Ausdruck: Einrede der mangelnden Prozeßfähigkeit, der Unzuständigkeit usw. ist deshalb inkorrekt und zu vermeiden, obwohl das Gesetz (§ 274) ihn im Anschluß an die gemeinrechtliche Lehre, welche jede *prozessuale* Rüge als exceptio (Einrede) bezeichnete,[20]) gebraucht. Was das Gesetz über die Wirkung *gewisser* Arten von Einwendungen auf die Prozeßentwicklung bestimmt hat (abgesonderte Verhandlung), ist später darzulegen.[21])

§ 68.

5. Bedeutung eines Mangels in den Prozeßvoraussetzungen.

Bei der Frage, ob die *Prozeßvoraussetzungen Bedingung für die Entstehung des Prozeßverhältnisses* sind oder ob Mängel in ihnen nur den *Inhalt* des entstehenden Prozeßverhältnisses berühren, ist maßgebend der § 253 I: „Durch die Erhebung der Klage tritt die Rechtshängigkeit der Streitsache ein." Drei Möglichkeiten sind zu unterscheiden.

I. Ist eine Klagschrift zugestellt, ohne daß die Klage durch Terminsanberaumung zur gerichtlichen Verhandlung zugelassen war,[1]) so kann von einem Prozeßverhältnis in keiner Weise die Rede sein. Eine Verhandlung vor dem Gerichte könnte nur den Zweck haben, die Klage erst durch mündlichen Vortrag zu erheben. Hierzu braucht nur das *Amtsgericht* die Parteien (sie müssen natürlich *beide* zu diesem Zweck erschienen sein) zuzulassen (§ 500, 510). Im übrigen haben die Parteien zu der Verhandlung gar keine Gelegenheit. Es kann deshalb auch zu keiner Entscheidung des Gerichts kommen.

---

[17]) Die Behauptung, daß Mängel in der Klagerhebung nie von Amts wegen zu prüfen seien (Gaupp-Stein, Erl. IV zu § 256), führt in den meisten Fällen zu richtigem Resultate, ist aber nicht richtig in der Fassung.

[18]) Vgl. o. Bd. 1 § 28.

[19]) Der Kläger muß den Beweis der für die Prozeßgründung erforderlichen Tatumstände erbringen, wenn er die Prozeßgründung behauptet; die Urkunde über die Zustellung muß er vorlegen, wenn der Beklagte ausgeblieben ist (§ 335 Nr. 2). (Trotzdem spricht das Reichsgericht 34 S. 395 von einer „Einrede der mangelnden Klagerhebung".) Der Beklagte muß die Zustellung durch Vorlegung der beglaubigten Abschrift der Zustellungsurkunde beweisen, wenn er gegen den ausgebliebenen Kläger (der noch nicht verhandelt hatte) Versäumnisurteil erlangen will. Über den Beweis der Prozeßfähigkeit s. u. § 118, über Vertretungsmacht u. §§ 125, 128, über die Zuständigkeitstatsachen u. § 94.

[20]) Vgl. Wetzell §§ 14, 45, 70.

[21]) Vgl. einstweilen o. Bd. 1 § 28 III.

[1]) Vgl. o. § 64 I. — Über mehrere von den in diesem Paragraph behandelten Fragen handelt Pfizer bei Gruchot 31 14 f.

II. Hat der Kläger zwar die Terminsanberaumung herbeigeführt, läßt er aber die Klagschrift liegen, so ist nach jetzigem Rechte das Prozeßverhältnis noch nicht entstanden. Denn die Zustellung ist der letzte Akt in dem komplizierten Vorgang der Klagerhebung, und der Kläger hat trotz der Terminsanberaumung immer noch freie Hand, ob er sie herbeiführen oder unterlassen will. Erst durch die Zustellung werden die in der Klagschrift schon als Kläger und Beklagter bezeichneten Personen wirklich zu Parteien dieses Prozesses.

Erscheint trotzdem eine der beiden Parteien oder erscheinen beide in dem Termine, so sind verschiedene Möglichkeiten zu unterscheiden:

1. Sind beide Teile darüber einverstanden, daß der Prozeß verhandelt werde, so steht dem nichts entgegen; das Gericht hat in der Regel gar keine Veranlassung, nach der Zustellung zu fragen, und wenn ihr Unterbleiben erwähnt wird, so hat es, da ja der Termin anberaumt ist, nicht das Recht, die Parteien zurückzuweisen. Die Klagerhebung, die ja auch sonst unter gewissen Voraussetzungen ohne Zustellung erfolgen kann (§ 280), geschieht durch den mündlichen Vortrag.

2. Erscheint nur der Kläger oder der Beklagte, so hat das Gericht den Nachweis der Zustellung zu verlangen.[2]) Da sich hierbei herausstellt, daß die Klage überhaupt noch nicht erhoben ist, so darf weder gegen den Beklagten noch gegen den Kläger ein Versäumnisurteil ergehen. Stellt die erschienene Partei einen Antrag gegen die nicht erschienene, so ist also die Entscheidung über ihn durch Beschluß zurückzuweisen (§ 335 I Nr. 2). Nun ist es aber möglich, daß das Gericht es versäumt, sich die Zustellung nachweisen zu lassen, und daß es dann fehlerhafterweise ein Versäumnisurteil erläßt. Dann bleibt dem Gegner nichts anderes übrig, als Einspruch zu erheben und die Aufhebung des Urteils zu verlangen.[3])

a) War es gegen den Kläger erlassen, so ist zu beachten, daß er einen nur vorbereitenden Schritt zur Eröffnung des Prozesses getan hatte. Eröffnet ist dieser durch den Beklagten, der sich in dem Antrag auf Zurückweisung der Klage gegen die in dieser aufgestellte Rechtsbehauptung wehrte, in Wahrheit aber als der Angreifer auftrat. Dazu war er nicht berechtigt. Nachdem das Gericht es aber zugelassen hat, ist ein Prozeß zwischen den Parteien eröffnet, und es muß über ihn entschieden werden. Dies kann gegenüber dem Versäumnisurteil nur durch Urteil geschehen. Im weiteren wird es darauf ankommen, ob der Kläger damit einverstanden ist, daß über die Klage entschieden wird. Erklärt er dies in der mündlichen Verhandlung, so gilt die Klage nunmehr als erhoben. Protestiert er dagegen, so ist nur die Aufhebung des Versäumnisurteils auszusprechen. Nicht etwa ist die (noch nicht erhobene) Klage abzuweisen.

b) Wesentlich einfacher ist die Beurteilung, wenn der Kläger gegen den nicht erschienenen Beklagten ein Urteil erschlichen hat. Dieser hat nach erhobenem Einspruch die Wahl, den Kläger in dem von ihm eröffneten Prozeß[4]) festzuhalten oder Prozeßabweisung zu verlangen.

---

[2]) ZPO. § 190 III sichert dem Beklagten die Möglichkeit, die erfolgte Klagerhebung nachzuweisen.

[3]) Er hat nicht, wie Pfizer bei Gruchot 31 20f. lehrt, die Wahl zwischen Einspruch und Nichtigkeitsklage, wenn die Zustellung des Versäumnisurteils ordnungsmäßig erfolgt. Vgl. Note 6.

[4]) Die Vorschrift des § 342 steht in solchen Fällen nicht entgegen. Nachdem der Kläger einen sachlichen Antrag gestellt hat, kann er sich nicht mehr darauf berufen, daß die Zustellung nicht erfolgt sei.

Wird Einspruch nicht rechtzeitig erhoben, obwohl das Versäumnisurteil ordnungsmäßig[5]) zugestellt ist, so wird dieses rechtskräftig, und hiergegen hat die Partei nicht die Nichtigkeitsklage.[6]) Unterbleibt die Zustellung des Versäumnisurteils oder erfolgt sie in nichtiger Weise, so läuft die Einspruchsfrist nicht. Das Urteil kann immer noch durch Einspruch angefochten werden (aber auch nur durch solchen).

III. Ist aber ein Schriftsatz durch Terminsanberaumung als Klagschriftsatz zugelassen und ordnungsmäßig zugestellt, so ist das Prozeßverhältnis entstanden, wenngleich seine Lösung wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder wegen des Inhaltes der Klagschrift, insbesondere wegen Unzulässigkeit der gewählten Prozeßart durch Prozeßabweisung zu erfolgen hat.[7]) Einen direkten Beweis hierfür und gegen die Ansicht, die die Existenz des Prozeßverhältnisses von allen Prozeßvoraussetzungen abhängig macht,[8]) liefern die §§ 276, 505, bei deren Anwendung (Verweisung an das zuständige Gericht) die Rechtshängigkeit fortdauert.[9]) Der einmal beim Gericht anhängige Streit ist auch hier Gegenstand der prozessualen Succession (so z. B. beim Tode einer Partei). Er muß, falls das Prozeßverhältnis nicht in anderer Weise beendigt wird, durch Endurteil entschieden werden. Über das Vorliegen der Prozeßvoraussetzungen, über die Frage, ob der ursprüngliche Mangel nicht durch Heilung oder Nachholung beseitigt ist, kann nur das Prozeßgericht entscheiden. Solange nicht dessen Endurteil gefällt und rechtskräftig geworden oder die Klage zurückgenommen ist, dauert die Rechtshängigkeit trotz des Mangels der Prozeßvoraussetzung an, und die hierauf gestützte Einrede der Rechtshängigkeit kann nicht durch die Replik entkräftet werden, das zuerst angegangene Gericht sei unzuständig und es müsse dort Prozeßabweisung erfolgen.[10])

IV. Schwieriger ist die Beurteilung, wenn die Zustellung der zugelassenen Klagschrift zwar unternommen wurde, aber nicht prozeßordnungsmäßig ausgeführt ist. Man muß hier unterscheiden:

---

[5]) Ordnungsmäßig ist die öffentliche Zustellung auch dann, wenn das Gericht sie nicht hätte bewilligen sollen (der § 203 läßt dem Gericht einen freien Spielraum). Auf diesen Grund hätte die Entscheidung des RG. 7 Nr. 110 gestützt werden müssen.

[6]) So mit Recht RG. 7 Nr. 110 (vgl. Note 5). A. M. Gaupp-Stein, Erl. II Note 4 zu § 579. Die Voraussetzung des Textes ist ja, daß das Versäumnisurteil ordnungsmäßig zugestellt ist. Wie sollte hier die Frist für die Nichtigkeitsklage berechnet werden? Würde man sie für statthaft halten, so würde von der Zustellung an die Einspruchsfrist und die Monatsfrist der Nichtigkeitsklage laufen müssen. Das ist unmöglich. — Bei Versäumung der Einspruchsfrist kann § 233 II helfen (Wiedereinsetzung). Außerdem kommt, wenn ein Grund für die Restitutionsklage (z. B. betrügerische Erschleichung der öffentlichen Zustellung) vorliegt, die Wiederaufnahmeklage aus diesem Grunde in Betracht. Vgl. u. § 71[27].

[7]) Um so weniger ist an der Existenz des Prozeßverhältnisses zu zweifeln, wenn eine prozessuale Klagvoraussetzung (o. § 66 I, 2) fehlt und die Klage als unzulässig abzuweisen ist.

[8]) So Hellmann ZZP. 27 262.

[9]) Vgl. auch § 528 I 2 und § 549 II (Fassung der Novelle v. 5./6. 05).

[10]) Dies gilt auch dann, wenn das zweite Gericht sich für ausschließlich zuständig erachten sollte. A. M. Weismann I § 89 III. — In den Fällen des Textes hilft die Aussetzung des zweiten Prozesses (§ 148).

1. Erfolgt die Heilung der unwirksamen Zustellung oder wird das Fehlende nachgeholt,[11]) so ist das Prozeßverhältnis nunmehr fehlerlos, im ersten Falle mit Rückwirkung, bei Nachholung ohne solche.

2. Erfolgt Heilung oder Nachholung nicht, so ist wiederum zu unterscheiden:

a) Erfolgte die Zustellung der Klagschrift an eine andere Person,[12]) als die in der Klage bezeichnete, so ist weder die letztere, noch die erstere zur beklagten Partei geworden: die in der Klagschrift genannte Person nicht, weil ihr nicht zugestellt ist, der Empfänger der Zustellung nicht, weil er nicht in der Klagschrift genannt ist.[13])

α) Gegenüber der als beklagt bezeichneten Person (A) ist nach dem unter I Ausgeführten jedenfalls noch völlig res integra. Dem A gegenüber liegt weiter nichts vor, als daß eine ihn als Beklagten nennende Klagschrift bei Gericht eingereicht ist. Ein Versuch der Zustellung an ihn ist noch nicht gemacht. Es kann deshalb auch gar nicht die Rede davon sein, daß eine gegen ihn erhobene Klage zurückgenommen werden müsse, um sie dann von neuem in ordnungsmäßiger Weise anzustellen. Vielmehr liegt die Sache so. Ohne Rücksicht auf die an den Dritten (X) erfolgte Zustellung [14]) kann die Klagerhebung gegenüber dem als Beklagten Genannten (A) immer noch dadurch erfolgen, daß die Zustellung an ihn ausgeführt wird, falls er aber ohne solche Zustellung im Verhandlungstermin erscheint, durch mündlichen Vortrag.[15]) Erst dadurch wird A zum Beklagten, der Angreifende also erst zum Kläger (zum Subjekt des Prozeßverhältnisses).

β) Hinsichtlich des in der Klage nicht bezeichneten Dritten, der durch die an ihn erfolgte Zustellung tatsächlich in den Prozeß gezogen wurde, ist es gewiß, daß er dadurch nicht Partei geworden ist. Gewiß auch, daß die gegen ihn (X) gar nicht erhobene Klage unmöglich mit der Wirkung abgewiesen werden kann, daß damit der Prozeß auch gegenüber dem als Beklagter Bezeichneten (dem A) erledigt würde.

---

[11]) In wie weitem Umfange dies möglich ist, wurde o. § 67 dargelegt.

[12]) Gemeint ist, daß diese andere Person der Zustellungsadressat war, d. h. „die Person, der zugestellt werden soll" (ZPO. §§ 181, 191 Nr. 3). Im Sinne des Gesetzes ist dem A auch dann ordnungsmäßig zugestellt, wenn die an ihn gerichtete Zustellung dazu führte, daß die Klagschrift gemäß ZPO. §§ 181 6 (Ersatzzustellung) einer anderen Person ausgehändigt wurde.

[13]) Beispiele: Die Klage nennt als Beklagten den Gastwirt August Schultze; sie wird dem Gastwirt Wilhelm Schultze zugestellt. — Sie nennt die Firma August Meier und wird dem Kaufmann August Meier zugestellt, während ihr jetziger Inhaber der Kaufmann Wilhelm Jordan ist. — Anders ist es, wenn die Klage gegen die „Firma August Meier, Inhaber August Meier" gerichtet ist, weil der Kläger glaubt, daß letzterer der Inhaber sei und mit ihm kontrahiert habe. Dann ist August Meier als Partei bezeichnet und durch die Zustellung (an ihn) Beklagter geworden. Aber er ist irrtümlich als Schuldner betrachtet. Das Prozeßverhältnis ist nicht mangelhaft, aber die Klage ist unbegründet wegen Mangels der Passivlegitimation.

[14]) Vgl. hierüber die Ausführung unter β. [15]) Vgl. o. § 67 II.

Immerhin bleibt die Tatsache bestehen, daß der Dritte (X), wenn auch in fehlerhafter Weise, durch die an ihn gerichtete Ladung in den Prozeß gezogen worden ist. Er ist berechtigt, sich hiergegen zu wehren. Entsteht daraus ein Streit, indem der Kläger versucht, gegen ihn die Klage durchzuführen, so kann er zwar nicht verlangen, daß die Klage gegen den in der Klagschrift Genannten (A) zurückgewiesen werde, wohl aber kann er die Feststellung beantragen, daß gegen ihn selbst die Klage nicht wirksam erhoben sei.[16]) Er kann auch Verurteilung des Klägers in die ihm durch die Ladung verursachten Kosten (z. B. eines Anwalts) verlangen (§ 91). Die Entscheidung muß in der Form des Urteils ergehen.

b) Die zweite Möglichkeit ist, daß zwar die Zustellung der Klagschrift gegenüber dem (richtigen) Beklagten erfolgte, aber in unwirksamer Weise ausgeführt wurde, sei es so, daß der selbst handelnde Kläger prozeßunfähig ist oder daß dem prozeßunfähigen Beklagten zugestellt wurde, sei es so, daß dem Vertreter des Klägers oder des Beklagten die für die Klagerhebung nötige Vertretungsmacht fehlt,[17]) sei es so, daß der Zustellungsakt als solcher fehlerhaft ist.[18])

Bewirken diese Fehler, daß das Prozeßverhältnis fehlt?

Zweifellos ist das Gericht mit dem Rechtsstreite befaßt; die Klage ist durch Terminsanberaumung zugelassen. Es besteht auch die Möglichkeit der Heilung und Nachholung des Fehlenden in dem weiten oben § 67, I, II angegebenen Umfange. Wird der Mangel übersehen, so ist es nicht nur möglich, daß ein Sachurteil erlassen wird, sondern das Gesetz setzt auch voraus, daß es rechtskräftig werden kann.[19]) Über die Frage, ob der Mangel vorhanden ist, kann nur in diesem Prozesse entschieden werden (durch Urteil). Fällt eine Partei fort, so tritt ihr Rechtsnachfolger in die vorhandene prozessuale Situation ein.

Diese Sätze sind zu beachten, wenn die gestellte Frage beantwortet werden soll.

Privatrechtlich fehlt die Geschäftswirkung sowohl dann, wenn ein Rechtsgeschäft nicht geschlossen ist (nullum negotium est), als auch dann, wenn dem tatsächlich vorgenommenen Geschäfte ein wesentliches Erfordernis fehlt (negotium nullum est). Es liegt nahe, sonach in unseren Fällen anzunehmen, daß ein Prozeßverhältnis nicht vorliege.[20]) Allein diese Gleichstellung prozessualer und zivilrechtlicher Vorgänge ist abzulehnen. Die Unwirksamkeit

---

[16]) Das ist Prozeßabweisung (in Beziehung auf ihn). Weizsäcker ZZP. 27 48, 91 befürwortet die Formel, „daß die Klage nicht statthat".

[17]) Vgl. u. §§ 125, 129.

[18]) So besonders, wenn eine unwirksame Ersatzzustellung stattgefunden hat (§§ 181—186). Darüber, daß auch hier der Gesichtspunkt der Vertretung maßgebend ist, s. u. § 123. Vgl. ferner §§ 188 IV, 190f.

[19]) Vgl. § 579 Nr. 4, RG. 38 S. 408, 11 S. 94, 18 S. 384f., 29 S. 411f. und u. §§ 118, 125.

[20]) So Hellmann ZZP. 27 262.

eines Rechtsgeschäfts, sei sie heilbar oder endgültig (Nichtigkeit), kann allerdings in der Regel ohne weiteres geltend gemacht werden. Anders aber ist es in unseren prozessualen Situationen. Eine prozessuale Beziehung ist vorhanden; sie kann, wenn der Mangel nicht rechtzeitig entdeckt wird, sich durch mehrere Instanzen weiter entwickeln; sie muß durch Urteil gelöst werden. Will man eine privatrechtliche Parallele ziehen, so bietet sie sich in dem Gegensatz von Nichtehe und „nichtiger" Ehe.[21] Auch die letztere erzeugt ein Rechtsverhältnis, das vom Gesetz als Ehe bezeichnet wird und, solange es nicht durch andere Gründe zerstört ist, durch Urteil beseitigt werden muß.[22]

So ist es auch beim Prozeßverhältnis. Es ist trotz fehlerhafter Klagerhebung als vorhanden zu betrachten. Jene Fehler bewirken aber, daß es mit Wirkung ex tunc aufgehoben (vernichtet) werden kann.[23]

In den Fällen einer mangelhaften Ausführung der Zustellung der Klagschrift ist zu beachten, daß die Heilung des Mangels oder die Nachholung sehr leicht ist und, falls nicht im ersten Termine bereits Prozeßabweisung erfolgt, in der Regel eingetreten sein wird, so daß im späteren Verlauf des Prozesses nicht darauf zurückgekommen werden kann und namentlich eine Nichtigkeitsklage ausgeschlossen ist. Praktische Bedeutung hat deshalb die erörterte Frage nur für den Fall, daß in dem ersten Termine Versäumnisurteil erging, weil der Mangel in der Zustellung vom Gericht übersehen wurde oder aus der Zustellungsurkunde nicht erkannt werden konnte. Dann bleibt dem Beklagten nur der Weg des Einspruchs. Ist ihm aber das Versäumnisurteil ordnungsmäßig zugestellt und läßt er die Einspruchsfrist verstreichen, so bleibt ihm zur Anfechtung des Urteils nur noch die Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Die Nichtigkeitsklage steht ihm aus dem Grunde, daß ihm die Klagschrift nicht ordnungsmäßig zugestellt war, nicht zu.[24]

II. Inhalt und Charakter des Prozeßverhältnisses.

§ 69.

1. Im allgemeinen.

Das Prozeßverhältnis ist ein prozessuales, also publizistisches Rechtsverhältnis[1] der Prozeßsubjekte. Es entsteht durch die Klage, entwickelt sich

[21]) Diese erscheint passender als die von mir im „Recht" 1905 S. 303 verwendete Parallele der Unwirksamkeit und Anfechtbarkeit.

[22]) BGB. § 1329, vgl. o. Bd. 1 § 34[43].

[23]) Alle Schwierigkeiten, die hier bestehen, würden ebenso wie andere Unzuträglichkeiten, die mit dem jetzt in der Hauptsache noch bestehenden Prinzip des Parteibetriebs zusammenhängen, mit einem Schlage beseitigt werden, wenn man mit der Einreichung der Klagschrift (des Rechtsmittels) die Klage als erhoben (das Rechtsmittel als eingelegt) gelten ließe. Dahin drängt die Entwicklung; bei der Revision und Beschwerde ist der vorgeschlagene Weg schon beschritten. Vgl. auch GewGG. §§ 32, 36 II.

[24]) Vgl. hierzu o. Note 5, 6.

durch die Prozeßhandlungen des mit der Entscheidung befaßten Gerichts und der Parteien und durch sonstige Ereignisse weiter. Es hat in dem Endurteil sein Ziel und findet in ihm seinen normalen Abschluß.

I. Die Subjekte des Prozeßverhältnisses.

1. Dies sind: einerseits das Gericht, anderseits die Parteien. Diese wie jenes bestimmen sich durch die Klagerhebung.

a) Das Gericht ist Prozeßsubjekt, d. h. die Gerichtsbehörde; nicht sind es die Richter, die sie repräsentieren und wechseln können, ohne daß dadurch das Prozeßverhältnis geändert wird. Das durch die Klage angerufene Gericht (das „Prozeßgericht") ist das Subjekt, was nicht ausschließt, daß im Wege des Ersuchens andere Gerichte an der Herstellung der Urteilsgrundlage mitwirken und im Rechtsmittelwege die der ersten Instanz übergeordneten Gerichte die Nachprüfung haben.[2]) Das in der ersten Instanz begonnene Prozeßverhältnis setzt sich mit dem Gericht der höheren Instanz fort, ohne daß dieses an die Stelle des ersten Prozeßgericht getreten wäre.

Das Prozeßgericht ist nur Organ des Staates. Die Entscheidungs- und Befehlsgewalt des Staates kommt also in dem Gerichtsspruch zur Entfaltung. Trotzdem darf man nicht einfach sagen, daß der Staat in dem Prozeßverhältnisse stehe.[3]) Denn der Staat tritt dem einzelnen in dem bestimmten Organ gegenüber, so hier in dem konkreten Gerichte mit der diesem zugewiesenen Kompetenz. Nicht nur die einzelnen Behördenarten erscheinen deshalb wie selbständige Rechtspersönlichkeiten, sondern dies gilt auch innerhalb derselben Behördenart.[4]) So auch bei den Gerichten. Darauf beruht es, daß der Staat in seiner Staatsanwaltschaft oder als Eisenbahn-

---

[1]) Lit. s. o. § 63[1]. Richtig bemerkt Bekker, System 1 46: „Der Prozeß ist ein Vorgang oder eine Summe von Vorgängen, darum kein Verhältnis, insonderheit kein Rechtsverhältnis." Aber unrichtig ist es, daraus die Verwerfung des Begriffs des Prozeßverhältnisses ableiten zu wollen. Man darf nicht Ursache und Folge verwechseln. Prozeß (Rechtsstreit) bedeutet sprachlich sowohl das Verfahren (die Handlungen) als auch die sich daraus ergebende Beziehung, die als rechtlich geregelte als Rechtsverhältnis bezeichnet werden muß. (Auch Kauf bezeichnet sowohl das Kaufen wie das daraus entspringende Rechtsverhältnis.) Auch das Gesetz gebraucht den Ausdruck im letzteren Sinne, vgl. z. B. § 75 (eintreten), § 76 III (übernehmen). — Weismann, früher ein entschiedener Anhänger des Begriffs des Prozeßverhältnisses (Hauptintervention S. 92f.), will sich jetzt (Lehrb. I § 5 a. E., § 89 XI) statt dessen mit dem „Begriff des Verfahrens als einer Handlungsgesamtheit" begnügen. Trotzdem spricht er von einer Nachfolge in den Rechtsstreit (z. B. S. 589). Aber in die vergangenen Handlungen kann die neue Partei nicht succedieren, und die folgenden nimmt sie selbst vor. — Processus ist ein neulateinisches Wort. In den röm. Quellen kommt procedere vor; dieses Wort bedeutet allerdings nur Handlungen (vgl. Zitate bei Heumann, Handlexikon s. h. v., Bülow ZZP. 27 225). Wohl aber wird iudicium (lis) im Sinne des Prozeßverhältnisses gebraucht (iudicium accipere, in i. deducere, lis pendet). Vgl. Bülow ZZP. 27 227f. und oben § 64 bei Note 17.

[2]) Die erste und die höhere Instanz können verschiedene Staaten repräsentieren. Dies ist nicht ohne Bedeutung für die sogleich zu erörternde Frage.

[3]) So Degenkolb, Beiträge (1905) 55.

[4]) Über die berührte staatsrechtliche Frage vgl. Laband (4) 1 338f. c. cit., Wach I 325, Gierke, Genossenschaftstheorie 171/3, DPrivR. 1 483 und neuestens Jellinek, System der subj. öff. Rechte (2) 223f. Vgl. auch u. § 74 II.

fiskus usw. vor dem Staat in seinem Gericht Recht nimmt und Partei und Gericht nicht als identisch angesehen werden. Daraus erklärt es sich, daß Prozesse, die zwischen denselben Parteien über dieselbe Streitsache vor dem Gerichte A und dem Gerichte B schweben, als zwei verschiedene Prozesse gelten und daß durch Verweisung eines Prozesses (§§ 276, 505, 506) an die Stelle eines Gerichts ein anderes treten kann, wie es möglich ist, daß an die Stelle einer Partei eine andere succediert.[5])

b) Die Parteien.

Der Kläger verlangt die Prüfung der von ihm zur Entscheidung gestellten Rechtsbehauptung und die Gewährung des Rechtsschutzes. Er verlangt sie von dem Gericht. Dieses hat sich durch die Entgegennahme (durch den Vorsitzenden) zur Prüfung bereit erklärt.

Der Beklagte ist derjenige, gegen den das begehrte Urteil des Gerichts gefällt werden soll. Gegen ihn ist deshalb die Verhandlung zu führen. Er hat das Recht auf Zurückweisung des Angriffs, wenn dieser unbegründet ist.[6])

Die Partei ist das Subjekt des Prozeßverhältnisses, nicht ihr Bevollmächtigter, nicht ihr Beistand, nicht ihr gesetzlicher Vertreter.

2. Stehen auf einer Parteiseite mehrere Personen („Streitgenossen"), so ist das Prozeßverhältnis ein mehrfaches. So auch dann, wenn die sog. notwendige Streitgenossenschaft (ZPO. § 62) vorliegt.

Das Prozeßverhältnis individualisiert sich nicht nur durch die Parteien, sondern auch durch den Prozeßgegenstand. Mehrheit der Prozeßgegenstände bewirkt deshalb eine Mehrheit der Prozeßverhältnisse. Trotz ihrer äußeren Vereinigung haben sie gegeneinander eine mehr oder weniger große Selbständigkeit.[7])

3. Neben einer Partei kann ein „Nebenintervenient" stehen, um jene (die sog. Hauptpartei) in der Prozeßführung zu unterstützen. Ein solcher Gehilfe ist nicht Subjekt des Prozeßverhältnisses neben seiner Hauptpartei in dem Sinne, wie es der Streitgenosse ist; aber er ist auch nicht ihr Vertreter, sondern hat kraft eigenen Interesses die Befugnis zur Prozeßführung über den ihm fremden Prozeßgegenstand.[8]) Er steht in einem Prozeßverhältnisse, das sich accessorisch an das Hauptprozeßverhältnis anlehnt und

---

[5]) Daß beide Arten von Successionen in das Prozeßverhältnis durchweg dieselbe Bedeutung hätten, soll hiermit nicht gesagt sein. Aber es liegt eine Succession vor. Das Prozeßverhältnis setzt sich beim zweiten Gerichte in der Verfassung fort, die es bei dem ersten gewonnen hat (besonders deutlich im Falle des § 506).

[6]) Vgl. o. § 65 II, 2.

[7]) Greifbar zeigt sich dies z. B., wenn man an den Fall denkt, daß ein Vorerbe aus einer ererbten Forderung und aus einem anderen Recht Klage erhoben hat und während des Prozesses stirbt, sodaß das Prozeßverhältnis über die Forderung auf den Nacherben übergeht (§ 242), das andere aber auf seinen Erben.

[8]) Nach Art der Prozeßstandschaft, vgl. u. § 122 II.

einer selbständigen Entwicklung (z. B. hinsichtlich der Succession und der Beendigung) fähig ist.

II. Den **Inhalt** des Prozeßverhältnisses bilden die Rechtsbeziehungen, die das Prozeßgesetz regelt:[9])

1. Das Charakteristische ist die Entscheidungsgewalt des Gerichts. Diese ist in den Vordergrund zu stellen, wenn das eigenartige Wesen des Prozeßverhältnisses erkannt werden soll. Die Parteitätigkeit hat nur Bedeutung, sofern sie die Entfaltung der Entscheidungsgewalt anregt. Diese steht dem Gerichte als dem Organ der höchsten Staatsgewalt zu und ergreift die Parteien, weil sie ihr unterworfen sind.[10]) Aus der staatlichen Autorität schöpfen die Entscheidungen des Gerichts und insbesondere das Endurteil die bindende Kraft, keineswegs aber aus der Tätigkeit der Parteien[11]) und noch weniger daraus, daß sie gegeneinander ein Recht auf Duldung der Gerichtshandlungen oder auf ihre Anerkennung hätten. Mit diesem Charakter der gefällten Entscheidung steht nicht in Widerspruch, daß die von dem Gericht zu beobachtenden Voraussetzungen der Entscheidungen hauptsächlich in Prozeßhandlungen der Parteien bestehen. Der Staat gewährt den Rechtsschutz nur auf Anrufen der Gerichtshilfe und überläßt es in weitgehendem Umfang den Parteien, ihr Interesse durch Unterbreitung des Prozeßstoffs und Stellung der geeigneten Anträge zu wahren (Verhandlungsmaxime).

2. Der Inhalt der das Prozeßverhältnis bildenden Rechtsbeziehungen ergibt sich daraus, daß durch den Prozeßbeginn die Entscheidungs- und Befehlsgewalt gegenüber den beiden Parteien in Bewegung gesetzt ist. Das

---

[9]) Zivilistische Bestimmungen, die sich in die ZPO. verirrt haben, kommen für das Prozeßverhältnis nicht in Betracht, so z. B. § 717 II, § 76 II (vgl. o. Bd. 1 § 1 [25-27]), ebenso nicht die Vorschriften, in denen das bürgerliche Recht den prozessualen Vorgängen eine Wirkung auf das zivilistische Rechtsverhältnis der Parteien einräumt, vgl. o. Bd. 1 § 1 [24].

[10]) Scharf und treffend Laband, Staatsr. (4) 3 § 84 S. 351: Die staatliche Gerichtsbarkeit „ergreift die dem Staate unterworfenen Personen ohne ihren Willen und ohne ihr Zutun. Es gibt keine „„Pflicht sich der Staatsgewalt zu unterwerfen““, sondern nur einen Rechtszustand des Unterworfenseins unter die Staatsgewalt“. Die moderne Prozeßrechtswissenschaft datiert erst von der Zeit an, in der dieser publizistische Charakter des Prozeßrechts und der auf ihm beruhenden Prozeßakte schärfer erkannt wurde. Das größte Verdienst hat Bülow, Lehre von den Prozeßeinreden (1868) S. 1f., Arch. f. ziv. Prax. 62 75f., 64 8f.

[11]) Am schlagendsten zeigt die ZPO. dies darin, daß das auf den Namen einer Partei gestellte rechtskräftige Urteil sie sogar dann bindet und berechtigt, wenn in ihrem Namen ein Vertreter ohne alle Vertretungsmacht gehandelt hat oder wenn die selbst handelnde Partei prozeßunfähig war. Prozeßmängel erzeugen nur das Recht, die Aufhebung des Urteils herbeizuführen (§ 579). Bis dies geschehen ist, bindet das Urteil wie jedes andere. Wird die Frist für die Nichtigkeitsklage versäumt, so ist das Urteil nicht mehr zu beseitigen. Degenkolb, Beiträge 60[1] sucht dies daraus zu erklären, daß die unvertreten gewesene Partei einer ratihabierenden Partei gleichstehe, wenn sie die Nichtigkeitsklage innerhalb der Frist in Kenntnis des betr. Urteils unterlasse. Aber das ist nur eine andere Formulierung der zu erklärenden Tatsache. Ist denn jene Kenntnis nötig? Und muß etwa der Fristablauf (§ 586 II) auf dem Willen der Partei beruhen?

Gericht hat die Pflicht, sie prozeßordnungsgemäß zu handhaben. Man bezeichnet das Prozeßverhältnis nur von der anderen Seite aus, wenn man sagt: Die Parteien haben das Recht auf diese Handhabung.

a) Das Gericht hat die Pflicht, das Parteivorbringen entgegenzunehmen [12]) und über die Klage gemäß dem Ergebnis des Prozesses zu entscheiden. Dies von dem Gericht zu verlangen ist jede der beiden Parteien in gleicher Weise berechtigt, [13]) so auch der Kläger, dessen Klage offenbar unbegründet ist, so auch der Beklagte, der sich mit nichtigen Gründen verteidigt hat.

b) Bis das Gericht zu der Endentscheidung gelangen kann, ist ein mehr oder weniger langer Weg zu durchlaufen. Auf diesem kann das Prozeßverhältnis die mannigfaltigsten Entwicklungsphasen durchmachen.[14]) Die Normen für diese Entwicklung hat die Lehre vom Prozeßverhältnis darzustellen. Jene Phasen werden durch die Partei- und Gerichtshandlungen, durch das Unterbleiben einer Handlung [15]) oder durch sonstige Ereignisse [16]) bestimmt und ergeben für die Beteiligten eine bestimmte Rechtsstellung,[17]) die sie gerade in dem einzelnen Moment der Prozeßentwicklung einnehmen, und aus der sich für sie Befugnisse oder Pflichten ergeben.

Die dem Endurteil vorausgehenden Rechtslagen haben ebensowenig eine selbständige Bedeutung, wie die Prozeßhandlungen, die sie herbeiführten. Die frühere Rechtslage ist von Bedeutung nur insofern, als sie die spätere Entwicklung und so auch das Endurteil bestimmt.

Deshalb ist das Prozeßverhältnis als ein **einheitliches** Verhältnis aufzufassen,[18]) nicht etwa als eine Summe von einzelnen, nach dem Wechsel der Rechtslagen sich unterscheidenden Rechtsverhältnissen.[19])

---

[12]) Man darf daraus nicht ableiten, daß jede Partei das Recht habe, Behauptungen jeder Art (auch die lügnerischsten) aufzustellen und jede Behauptung des Gegners (auch wider besseres Wissen) zu bestreiten. Vgl. u. § 71.

[13]) Der Rechtsschutzanspruch kann nur der einen oder der anderen Partei zustehen (bezüglich des ganzen Prozeßgegenstandes oder eines Teiles).

[14]) Daraus, daß man den abzuurteilenden Tatbestand nicht vor dem Zeitpunkt der Urteilsfällung kennen könne, schließt Bülow ZZP. 31 239 (vgl. auch Weismann I 68), daß es vorher ein Klagrecht in unserem Sinne nicht geben könne. Hier verwechselt Bülow objektive und subjektive Gewißheit, Existenz eines Rechts (nach dem Gesetz) und Möglichkeit seiner Durchsetzung (vor dem Gericht). Die Rechtsordnung verleiht das Klagrecht in demselben Sinne, wie sie die materiellen Rechte verleiht. Daß sie damit „ein günstiges Prozeßergebnis verheiße", kann natürlich nicht behauptet werden und ist von der Klagrechtstheorie damit, daß sie von der Existenz eines Klagrechts spricht, nicht behauptet worden (gegen Bülow ZZP. 27 246).

[15]) Z. B. Unterlassung eines tatsächlichen Vorbringens, Versäumung eines Verhandlungstermins, Nichteinlegung eines Rechtsmittels.

[16]) Z. B. Tod einer Partei, Verlust der Prozeßfähigkeit, Wechsel der Vertretung.

[17]) Rechtliche Situation, Rechtslage (Kohler, Beiträge 219, Prozeß als Rechtsverhältnis 62f., Enzyklopädie 2 127, Lehrbuch 1 152).

[18]) Dies ist überzeugend von Wach I 35f. dargelegt.

[19]) Dies gilt sogar trotz der Möglichkeit, daß ein übergeordnetes Gericht in die Entwicklung des Prozeßverhältnisses eingreift.

c) Eine prozeßrechtliche Verpflichtung zum Handeln besteht im Laufe des Entscheidungsverfahrens zweifellos für das Gericht.[20])

Ob und inwieweit prozessuale Parteipflichten bestehen und wem gegenüber sie bestehen, ist sehr streitig:[21])

Es ist davon auszugehen, daß sie mit dem Wesen des Zivilprozesses keineswegs im Widerspruche stehen. Aber die Gesetzgebungen haben sie in sehr verschiedenem Umfange statuiert. Maßgebend ist dabei, inwieweit nach der ganzen Einrichtung des Prozesses ein Handeln oder Unterlassen der Parteien zur Erreichung des Prozeßzweckes erforderlich ist.

α) Der heutige Prozeß ist auf die Möglichkeit des Streitens berechnet, nicht aber auf dessen Notwendigkeit. Irgendwelche Mitwirkung des Beklagten bedingt weder die Entstehung des Prozesses, noch den endgültigen Sieg des Klägers; unterläßt der Kläger ganz oder teilweise die Durchführung seines Angriffs, so gelangt der Beklagte mühelos zum Obsieg. Anderseits überläßt es der Staat im Zivilprozeß regelmäßig[22]) den Parteien, dafür zu sorgen, daß eine der wahren Rechtslage entsprechende Entscheidung gefällt werde. Dem öffentlichen Interesse ist in der Regel genügt, wenn den Parteien beiderseitiges Gehör ermöglicht ist. Deshalb legt das Gesetz den Parteien die Verpflichtung zur aktiven Beteiligung an der Fortentwicklung des Prozeßverhältnisses **insoweit** nicht auf, als die Beteiligung nur in ihrem **eigenen** Interesse liegen könnte.

Solche Untätigkeit ist nicht Pflichtverletzung (Ungehorsam, contumacia), sondern Versäumung dessen, was sie tun kann,[23]) anderseits aber auch rechtzeitig und formgemäß tun muß, wenn sie ihr Interesse wahren will. Die Versäumung zieht dann allerdings Nachteile nach sich. Sie sind hier aber ebensowenig Strafe für Ungehorsam,[24]) wie privatrechtlich die Nachteile, die sich an die Unterlassung der Anfechtung oder an die Nicht-

---

[20]) Über die zivilrechtliche Folge der Verletzung der Richterpflicht vgl. BGB. § 839 (Schadensersatz), über die strafrechtliche vgl. StGB. § 336 (Rechtsbeugung).

[21]) Zum folgenden ist außer der bereits in § 63 Note 1 zitierten Literatur besonders die vortreffliche Schrift von Klein, Die schuldhafte Parteihandlung (1884) zu vergleichen (dazu L. Seuffert Krit. VJ. 29 244 f.), ferner Schneider, Treu und Glauben im Zivilprozesse 1903 und die Besprechung von Vierhaus ZZP. 32 426, Vierhaus in der Festschrift für Koch (1903) 60 f., Degenkolb, Beiträge 54 f., Görres ZZP. 34 1 f. Vgl. auch Trutter, Die prozessualischen Rechtsgeschäfte (1890), Die bona fides im Zivilprozeß (1892).

[22]) Ausnahmen gelten im Eheprozeß und in anderen Statussachen, soweit hier die objektive Wahrheit erforscht werden soll (§§ 607, 617, 618). Noch stärker sind die Ausnahmen im Entmündigungsverfahren (§§ 653, 670) und im Aufgebotsverfahren (§§ 952 III, 975).

[23]) Keineswegs liegt hier immer Rechtsversäumnis vor, wie Bülow, Arch. f. zivil. Pr. 62 60 u. oft (jetzt wieder Pollak, Östr. ZPR. I § 93) lehrte, in seinem Geständnisrecht 41 aber richtig gestellt hat. Nicht jede prozessuale Handlungsmöglichkeit ist ein Recht. Vgl. u. § 71.

[24]) In der gemeinrechtlichen Wissenschaft bezeichnete man die die Parteien treffenden Nachteile unterschiedslos mit poena.

unterbrechung der Anspruchsverjährung oder Ersitzung oder an die Nichtausschlagung einer Erbschaft (BGB. §§ 1943, 1944 II) oder an die Unterlassung der Inventarerrichtung anknüpfen.[25]) Vielmehr ist der Nachteil hier wie im Prozeß nur die Folge der Zwangslage, in die das Gesetz die Beteiligten versetzt.[26]) Auf prozessualem Gebiet läßt es sie durch den Prozeßbeginn entstehen, und zwar für beide Teile. Für beide gilt der Satz: Wer es (endgültig) versäumt, von der ihm zustehenden Handlungsmöglichkeit Gebrauch zu machen, tut es auf seine Gefahr. Er kann die versäumte Handlung nicht nachholen[27]) und erleidet die Nachteile, die das Gesetz im Interesse des Gegners zur Ermöglichung der Fortführung und Erledigung des Prozesses eintreten läßt und die er durch sein Handeln hätte vermeiden können.[28])

Worin die Nachteile bestehen, ist im Gesetz im einzelnen bestimmt und später darzulegen. So bestehen sie z. B. bei der Versäumung der Berufungsfrist darin, daß die Rechtskraft eintritt, weil das Urteil nicht mehr angefochten werden kann. — Über die vom Gegner behaupteten Tatsachen „hat" man sich, wenn man verhandelt, „zu erklären,"[29]) widrigenfalls sie keines Beweises bedürfen.[30]) Es gibt also keine allgemeine Erklärungspflicht[31]) (insbesondere keine Einlassungspflicht des Beklagten), sondern nur eine Erklärungslast. Das Gesetz (§ 138) will nicht das, daß der Gegner unter allen Umständen sich erkläre; es verlangt nicht, daß er die wahren Behauptungen anerkenne.[32]) Daß er sie aber bestreite, wäre eine sinnlose Forderung. — Es gibt

[25]) Ueber diese privatrechtlichen Situationen vgl. besonders Zitelmann Allg. Teil 167, 169 u. 170, wo zahlreiche Fälle aufgeführt sind, in denen das Zivilrecht die Nachteile nur an „schuldhafte" Unterlassung geknüpft hat („Verschulden gegen sich selbst"). — Eine Zusammenstellung des Materials gibt G. v. Buchka, Die indirekte Verpflichtung zur Leistung (Rost. Diss. 1904).

[26]) Von einer Duldungspflicht der Partei darf man in Beziehung auf die einzelnen, dem Urteil vorausgehenden Rechtslagen ebensowenig reden, wie von der Pflicht, die Wirkung der gerichtlichen Entscheidung zu erdulden (vgl. o. Note 10). Die Nachteile treffen die säumige Partei einfach deshalb, weil das Gesetz zwecks rascher Erreichung des Prozeßzwecks die Zwangslage geschaffen hat, ebenso wie die Folge der Unmöglichkeit der Erbschaftsausschlagung deshalb eintritt, weil das Gesetz es für nötig gehalten hat, die erbrechtlichen Verhältnisse nach gewisser Zeit zu festigen.

[27]) Deutlich bringt das Gesetz das ihm zugrunde liegende Prinzip der Präklusion in § 230 zum Ausdruck: „Die Versäumung einer Prozeßhandlung hat zur allgemeinen Folge, daß die Partei mit der vorzunehmenden Prozeßhandlung ausgeschlossen wird."

[28]) Spricht man hier von einer Pflicht zum Handeln, so bedeutet sie nur die Pflicht, die man gegen sich selbst hat, genauer also nur die Notwendigkeit (necessitas, onus) zum Handeln, falls man die Vorteile des Handelns genießen will. Degenkolb, Beiträge 61 f. erkennt jetzt an, daß heute eine Einlassungspflicht sich nicht aufrecht erhalten läßt und daß nur ein Einlassungszwang bestehe.

[29]) So drückt sich § 138 I korrekt unter Vermeidung der „Erklärungspflicht" aus.

[30]) Dies sagt in der in diesen Situationen vom Gesetz gern angewendeten Form der Fiktion der § 138 II, wenn man den Tatbestand des § 288 (Geständnis), dem die Nichterklärung in der Rechtsfolge gleichgestellt ist, damit vergleicht. Dieselbe Fiktion enthält § 331 I.

[31]) Wie sie von Wach und seinen Anhängern (vgl. o. § 63 [1]) gelehrt wird, die in §§ 138 II, 331 I (vgl. Note 30) eine Art Erfüllungszwang sehen.

[32]) Wozu er sich im Anwaltsprozeß einen Rechtsanwalt nehmen müßte! Das Erscheinen und Gestehen würde übrigens dem Gegner in einer Richtung sogar weniger nützen, als das Ausbleiben. Denn bei diesem kann er ein Versäumnisurteil erwirken, das in kürzerer Zeit rechtskräftig wird, als das auf Anerkenntnis hin ergehende (§ 339 mit § 516). Keine Passivität des Gegners ist das günstigste, was ein-

keine Beweispflicht,[33]) sondern nur ein onus probandi, eine Beweislast, der man genügen muß, wenn man der Rechtsfolge teilhaftig werden will, die von den streitigen Tatsachen abhängt. — Obwohl das Gesetz §§ 459, 470 von einem „Schwurpflichtigen" spricht, ist die Eidesleistung Gewissenssache, und das Gesetz bestraft den Meineid; die Schwurpflicht bedeutet nur die Zwangslage, entweder den Eid zu leisten oder die Folge zu erleiden, daß das Gegenteil der zu beschwörenden Tatsache als voll erwiesen gilt (§ 464 II).

Es mag noch bemerkt werden, daß die „Nachteile", von denen gesprochen wurde, nur dann wirklich solche sind, wenn der Säumige begründete Rechtsbehelfe verloren hat. Der schuldige Beklagte hat keinen wirklichen Nachteil erlitten, wenn gegen ihn Versäumnisurteil erging oder wenn er es versäumte, die zulässige Berufung rechtzeitig einzulegen.

β) Hiernach bestehen keine Parteipflichten, soweit die in dem Gesetz vorgesehenen Handlungen nach seinem Sinne von der Partei nur vorgenommen werden müssen, um ihr eigenes Interesse zu wahren. Wohl aber bestehen Parteipflichten, soweit es sich um Wahrung des öffentlichen Interesses handelt. Dieses fordert, daß die Entscheidungsgrundlage nicht durch unwahre Behauptungen gefälscht und daß der Prozeß möglichst rasch und ohne unnötige Verzögerung zu Ende geführt werde. Daraus entspringt die Wahrheitspflicht und die Pflicht, den Prozeß ohne Verschleppung und gemäß den Anordnungen des Gerichts zu führen.[34]) Die nähere Erörterung hierüber wird in den §§ 71, 72 gegeben werden.

3. Aus diesem Inhalt der Rechtsbeziehungen, die das Prozeßverhältnis bilden, ergibt sich auch die Antwort auf die wichtige Frage nach seiner Natur. Wenngleich das Gericht, der Kläger und der Beklagte die Subjekte des Prozeßverhältnisses sind, so ist dieses doch nicht in dem Sinne ein dreiseitiges, daß zwischen den drei Beteiligten eine gleichmäßige Rechtsbeziehung bestehe. Das Gericht ist der dominierende Faktor.[35]) Es ist nicht ein von den Parteien nach Belieben zu benutzendes Werkzeug. Ihm steht die staatliche Entscheidungs- und Befehlsgewalt über den Kläger wie über den Beklagten

---

treten kann. Der Beklagte, der nichts vorbringt, weil er nichts vorzubringen hat, handelt prozessual nicht pflichtwidrig, sondern pflichtgemäß.

[33]) Dieser vielgebrauchte inkorrekte Ausdruck ist auch in das Gesetz (§ 447) geraten. Korrekt drückt sich § 282 aus.

[34]) Klein, Schuldh. Parteihandlung 59 lehrt, die Prozeßrechtsnormen, die sich an die Parteien wenden, könnten nur Verbotsgesetze sein. Er scheint dabei aber nur den Gegensatz von reinen Erlaubnisgesetzen im Auge zu haben. Jedenfalls ist die Statuierung der Pflicht, bei einer Handlung, die man vornimmt, etwas zu unterlassen, nicht ein reines Verbotsgesetz, sondern das Gebot, die Handlung dem Rechte gemäß einzurichten. Das, worauf es hier entscheidend ankommt, ist die Beteiligung an der Entwicklung des Prozeßverhältnisses. Die volle Passivität ist nicht pflichtwidrig.

[35]) Die energische Betonung dieses Gesichtspunkts ist um so nötiger, als unser Gesetz ihn bei der Ausgestaltung mancher Einzelheiten nicht genügend beachtet hat. Dem Gerichte sind an manchen Punkten die Machtmittel vorenthalten, die zur Aufrechterhaltung seiner Autorität und zur Wahrung des öffentlichen Interesses an einer raschen und sachgemäßen Erledigung der Prozesse nötig sind.

zu, es hat aber auch jeder der Parteien gegenüber das Recht und die Pflicht, diese Gewalt prozeßordnungsgemäß nach Gewährung des rechtlichen Gehörs zu entfalten. Die Partei hat nur die dieser Pflicht entsprechenden Befugnisse gegenüber dem Gericht. **Prozessual**[36]) haben die Parteien gegeneinander **direkt** keine Rechte.[37]) Dem entspricht es auch, daß alle Anträge der Parteien und alle Prozeßhandlungen, durch die sie die Urteilsgrundlage beschaffen,[38]) an das Gericht zu richten sind.[39]) Dem Richter muß der Beweis angeboten werden.[40]) Er muß von der Wahrheit der bestrittenen Tatsache überzeugt werden, nicht etwa der Gegner.

Allerdings führt die Ausübung der der Partei zustehenden Befugnisse zu einer Wirkung auf den Gegner, und ihre Herbeiführung ist der Zweck

---

[36]) Im Gegensatz zu den materiellrechtlichen Beziehungen, deren Sonderung von den prozessualen hier wie bei anderen Fragen notwendig ist, aber von der älteren Prozeßrechtswissenschaft nicht durchgeführt, ja vielfach nicht einmal versucht ist. Mein Schuldner, der, anstatt zu zahlen, mich zum Prozeß zwingt und seine Erledigung durch unbegründete Einwendungen hinzieht, handelt allerdings pflichtwidrig und schuldet mir Schadensersatz, wenn er schuldhaft gehandelt hat, und der Besitzer meiner Sache verletzt eine Verpflichtung, wenn er sie vor dem Gerichtsvollzieher verheimlicht oder beiseite schafft. Aber die Verpflichtung, die er verletzt, ist die materiellrechtliche Leistungsverpflichtung, durch deren Nichterfüllung er nach heutigem Rechte stets in Verzug geraten kann (BGB. § 990 II). Ebenso kann der Kläger, der durch Anstellung einer unbegründeten Klage und durch den Versuch, trotz fehlender Berechtigung zum Siege zu gelangen, dem Beklagten Schaden zufügt, zum Ersatze verpflichtet werden (BGB. § 826). Bei Verletzung durch Betreiben der materiell ungerechtfertigten Vollstreckung kann dies sogar eintreten, obgleich den „Gläubiger" ein Verschulden nicht trifft (z. B. ZPO. § 717 II).

[37]) Am entschiedensten betont diesen wichtigen prinzipiellen Gesichtspunkt Planck I S. 201 f., ebenso Birkmeyer Grundriß 121, Ötker Jur. Lit. Bl. 6 14, Seuffert, Erl. 1 zu § 274. Direkt entgegengesetzt ist die Auffassung von Weismann I 67 f., Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis 6 und ZZP. 33 233/4.

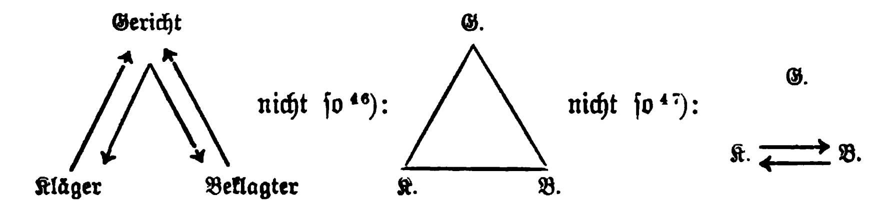
[38]) Daß gewisse Prozeßhandlungen (namentlich die vorbereitenden, vgl. z. B. §§ 129 f.) sich an den Gegner wenden, ist in der Hauptsache die Folge des Parteibetriebs (über die Klagzustellung s. o. § 64). Es handelt sich hierbei um Formalien, die für die grundsätzliche Auffassung des Prozeßverhältnisses nicht von Bedeutung sind. Oder ist es für diese von Bedeutung, daß die Berufung durch Zustellung an den Gegner, die Revision nunmehr aber durch Einreichung der Schrift bei Gericht eingelegt wird? Auch die Möglichkeit, Klage und Berufung durch Zustellung eines Schriftsatzes an den Gegner zurückzunehmen (§§ 271, 515), hängt mit dem Parteibetrieb zusammen, während die Revision nunmehr durch Erklärung an das Gericht zurückzunehmen ist (so mit Recht Seuffert ZZP. 35 70).

[39]) Deshalb ist Verhandlung auch sehr wohl in Abwesenheit des Gegners möglich (§§ 239 IV, 330/1), und deshalb kann es keine simulierten Prozeßhandlungen der Parteien geben. Das Wesen der Simulation besteht darin, daß eine Erklärung im Einverständnis mit ihrem Empfänger (dem Adressaten) nur zum Schein abgegeben wird (BGB. § 117). Das Gericht hört aber nicht etwa nur an, was die Parteien einander vor dem Gericht erklären (wie bei der Auflassung, Eheschließung), sondern die Klagerhebung ist Gesuch an das Gericht, die Verhandlung Erklärung an das Gericht. Also müßte die Gerichtsbehörde mit der Partei simulieren, wenn von einem Scheinprozeß die Rede sein sollte. Von einer „Simulation des Judikats", von der sogar unser Reichsgericht spricht, könnte nur geredet werden, wenn das Gericht im Einverständnis mit den Parteien das Urteil zum Scheine gefällt hätte. Auf die Frage, ob die Parteien eine Simulationsvereinbarung contra rem iudicatam geltend machen können, ist in der Lehre von der Rechtskraft näher einzugehen.

[40]) Auch die Eideszuschiebung ist ihrem wahren Wesen nach nicht eine Aufforderung an den Gegner, sondern der Antrag an das Gericht, je nach dem Inhalt der Erklärung des Gegners die Eidesleistung anzuordnen.

der Prozeßhandlungen. Aber das Gericht schafft diese Wirkung; es handelt auf Antrag der Partei, aber es ist nicht ihr Vertreter,[41]) sondern Organ des Staates. Ausschließlich auf dessen Gewalt beruht die Wirkung der Gerichtsakte, welche die Parteien herbeiführen. Sagt man, daß der Prozeß ein Kampf der Parteien untereinander sei, so ergibt sich bei genauerer Betrachtung der Einrichtung unseres Prozesses, daß dieser Kampf nur in der Weise geführt wird, daß die Parteien ihre Anträge und die sie begründenden Erklärungen an das Gericht richten.[42]) Die Gegner treffen sich nicht direkt durch ihre Handlungen, sondern durch die von ihnen erwirkten Entscheidungen des Gerichtes.[43]) Diese sind für die Parteien maßgebend, und aus der Rechtslage, auf Grund deren die Entscheidung zu fällen ist, kann (nicht: darf) sich die Partei ohne Zustimmung des Gegners[44]) nicht befreien.[45])

Graphisch dargestellt sieht hiernach das Prozeßverhältnis so aus:



[41]) Das gilt ebenso von dem Prozeß-, wie von dem Vollstreckungsgericht, nicht minder aber von dem Gerichtsvollzieher, soweit er die staatliche Zwangsgewalt ausübt. Daß er daneben auch als Vertreter im Abschluß von Rechtsgeschäften benutzt werden kann (wozu das Vollstreckungsgericht sich nicht hergibt), hebt den aufgestellten Grundsatz nicht auf. Vgl. näher unten §§ 83,4.

[42]) Man denke nur an den Fall der Beantragung eines Versäumnisurteils.

[43]) So „bindet" z. B. das noch nicht rechtskräftige Urteil nicht etwa den Gegner, sondern, wie § 318 sagt, das entscheidende Gericht. Dieses kann die so getroffene Entscheidung nicht ändern. Also kann die Partei die Änderung nicht herbeiführen, und ihr Gegner hat die für ihn aus dem Urteil fließenden Befugnisse, durch deren Geltendmachung er die weitere Entwicklung des Prozeßverhältnisses beeinflußt. Das rechtskräftige Urteil schafft, soweit es eine Feststellung enthält, Unbestreitbarkeit, aber nicht deshalb, weil die Partei gebunden ist, sondern deshalb, weil ein später angegangenes Gericht seine Bestreitung nicht beachten darf, also weil das Gericht an die Entscheidung gebunden ist. Das wirkt natürlich indirekt sehr erheblich auf die Beziehungen der Parteien, aber immer auf dem Umwege über das Gericht.

[44]) So wenigstens die Regel, wie sie z. B. in der Unzulässigkeit der Klagzurücknahme (nach Beginn der Verhandlung zur Hauptsache) zum Ausdruck gelangt (§ 271 I). Ausnahmen bestätigen die Regel, so die vorher statthafte Zurücknahme der Klage oder Ausscheiden der veräußernden Partei im Falle des § 266.

[45]) Nur mit Rücksicht auf diese wechselseitige Gebundenheit der Parteien bezeichnet Bülow ZZP. 27 233 das Prozeßverhältnis als ein dreiseitiges. Dagegen läßt sich nichts einwenden. Einen anderen Sinn hat die Dreiseitigkeit, wenn man auch den Parteien gegeneinander prozessuale Rechte bzw. Pflichten zuschreibt, wie dies besonders Wach tut. — Degenkolb, Beiträge 58 f. meint, die Erscheinung, daß der Verklagte auf einseitigen Antrag des Klägers in den Prozeß gebunden, also in das Prozeßverhältnis hineingenötigt werde, könne nicht erklärt werden ohne eine Rechtsbeziehung von Partei zu Partei (59). Er nimmt eine publizistische Rechtsbeziehung der Rechtsgenossen zueinander an; in dieser liege der innere Rechtfertigungs-

Ist das Prozeßverhältnis in dieser Weise aufzufassen, so ergibt sich von selbst, daß es durchaus als ein Verhältnis publizistischer Natur aufgefaßt werden muß.[48]) Es ist nicht nur von dem abzuurteilenden Rechtsverhältnis, dessen Subjekte Private sind und dessen Inhalt dem bürgerlichen Rechte angehört, zu sondern, sondern man muß sich auch davor hüten, aus der Struktur des letzteren auf die des Prozeßverhältnisses Schlüsse zu ziehen.

§ 70.

2. Wandlungen des Prozeßverhältnisses; seine Beendigung.

I. Succession, Stillstand.

1. Das Prozeßverhältnis als die prozessuale Rechtsbeziehung, wie sie sich durch die bisherigen Prozeßhandlungen gestaltet hat (das Streitverhältnis), ist in seinem Entstehen und in seinem Fortbestehen unabhängig von dem Bestehen oder Fortbestehen des abzuurteilenden Rechtsverhältnisses. Es ist nicht etwa eine prozessuale Wirkung oder Ausstrahlung des Privatrechtsverhältnisses. Dies zeigt sich deutlich darin, daß es auch bei begründeter negativer Feststellungsklage vorhanden ist. Es existiert, obgleich das Rechtsverhältnis, dessen Bestehen der Kläger behauptet hatte, von vornherein nicht bestand. Es erlischt nicht dadurch, daß im Laufe des Prozesses das eingeklagte Recht untergeht oder das bisher dem Kläger zustehende Klagrecht aus anderen Gründen wegfällt.[1]) Nicht der Eintritt solcher Ereignisse, sondern ihre Geltendmachung ist für das Prozeßverhältnis von Bedeutung und bestimmt dann den Inhalt des Endurteils. Hinsichtlich der Prozeßhandlungen gilt nicht das bürgerliche Recht (über Rechtsgeschäfte), sondern lediglich das Prozeßgesetz.

Das Prozeßverhältnis kann durch Urteil beendigt werden, ohne daß hiermit eine Feststellung über das abzuurteilende Rechtsverhältnis getroffen wird. So ist es bei Prozeßabweisung und ferner dann, wenn die Klage als unzulässig abgewiesen wird.

---

grund ihrer Unterwerfung unter das Gericht. M. E. ist es gerade umgekehrt. Mit Unrecht meint Degenkolb, Beiträge 59, daß meine Auffassung des Prozesses in ihrer letzten Konsequenz zum Inquisitionsprozesse führe, und daß mir die Parteien nur als Untertanen, nicht als Staatsbürger erscheinen (S. 60). Das Gegenteil folgt aus meiner Auffassung über das Recht auf Rechtsschutz.

[46]) Der Hauptvertreter dieser Ansicht ist Wach I § 4 V. Über Bülow und Degenkolb vgl. Note 45.

[47]) So besonders Kohler (o. Note 37). Er lehrt, das Prozeßverhältnis sei nur ein Rechtsverhältnis unter den Parteien; das Gericht sei nicht Teilnehmer am Prozeßverhältnis, weil man dies erst durch das dabei obwaltende Interesse werde (Prozeß 6, 33 P. 33 233). Für privatrechtliche Verhältnisse mag das in der Regel zutreffen.

[48]) Vgl. o. Bd. 1 § 1 III, IV.

[1]) So z. B., wenn während des Prozesses der Rechtsweg für unzulässig erklärt wird.

Das Prozeßverhältnis kann Gegenstand einer prozessualen Rechtsnachfolge sein, so daß an Stelle des Gerichts oder der Partei ein anderes Gericht oder eine andere Partei tritt, der Prozeß aber nach Maßgabe der bisherigen Entwicklung, also in der Rechtslage, die durch das bisher Geschehene geschaffen wurde, weiter geführt wird. Solche Parteisuccession kann die Folge einer Nachfolge in das abzuurteilende Rechtsverhältnis sein. Aber die prozessuale Rechtsnachfolge kann auch stattfinden, wo eine materiellrechtliche nicht vorliegt,[2]) und umgekehrt kann letztere eintreten, ohne auf das Prozeßverhältnis einen Einfluß zu üben.[3])

2. Die Entwicklung des (fortbestehenden) Prozeßverhältnisses kann durch Vereinbarung der Parteien, durch Unterbrechung oder durch Aussetzung (§§ 239—252) einen einstweiligen Stillstand erleiden.

II. Beendigung.

1. Das Prozeßverhältnis im Urteilsverfahren findet seinen ordentlichen Abschluß durch die Fällung des Endurteils.[4]) Es enthält entweder eine Entscheidung zur Hauptsache oder nicht. Letzteres, wenn eine Prozeß- oder prozessuale Klagvoraussetzung fehlt, ersteres, wenn ein solcher Mangel sich nicht herausgestellt hat.

Die Entscheidung zur Hauptsache lautet entweder zu Gunsten des Klägers oder des Beklagten,[5]) je nachdem die Rechtsbehauptung (der „Anspruch" im prozessualen Sinne) des Klägers sich als begründet herausgestellt hat oder nicht.[6])

2. Das Endurteil ist das Ergebnis der Entwicklung des Prozeßverhältnisses. Wie der Zweck des Entscheidungsverfahrens nur die Klarstellung ist, welche von den Parteien mit ihrer Behauptung über den bestehenden Rechtszustand und mit der auf ihn gestützten Urteilsbitte recht hat, wie der Prozeß aber weder dazu bestimmt ist noch auch nur die Möglichkeit bietet, die Privatrechtsverhältnisse im Prozesse zu verändern:[7]) so ist auch jenes Ergebnis stets ein Ausspruch über das, was das Gericht als bestehenden Rechtszustand erkannt hat, also nicht Rechtsveränderung, sondern Deklaration.[8]) Jedes Urteil hat diese zur Grundlage und wirkt,

[2]) So bei der laudatio auctoris (§§ 76/7), bei Übernahme durch Vereinbarung und in sonstigen später darzustellenden Fällen.

[3]) So im Falle des § 265 (o. Bd. 1 § 52).

[4]) Außerordentliche Gründe sind einseitige Klagzurücknahme (§ 271) oder Vereinbarung der Prozeßbeendigung (namentlich auf Grund eines Vergleichs, vgl. einstweilen u. § 125), ferner Fortfall der Partei ohne Succession in die Parteirolle (z. B. § 628).

[5]) Der Kläger kann auch teilweise obsiegen, teilweise unterliegen, sei es quantitativ, sei es so, daß er zwar eine Verurteilung erlangt, aber mit Einschränkungen (BGB. § 274, ZPO. §§ 305, 780 I).

[6]) Es lautet nicht über den Rechtsschutzanspruch des Klägers oder des Beklagten, sondern leistet entweder jenem oder diesem Genüge, vgl. o. § 65 II.

[7]) Man denke an Prozesse über Familienverhältnisse, Erbrecht, Rechte an Grundstücken usw., nicht aber immer nur an Prozesse über Forderungen.

[8]) Degenkolb, Beiträge 34 beruft sich gegen die Ausführung des Textes (= Klag-

soweit es eine bloße Feststellung enthält, nur inter partes. Aber das Urteil kann mehr enthalten. Es ist nur Deklaration, wenn die Klage auf Feststellung durchdringt oder wenn eine Klage abgewiesen wird. Es ist Deklaration einer konkreten Verpflichtung in der Form des Befehls zu ihrer Erfüllung, wenn die Verurteilung zur Leistung ausgesprochen wird;[9]) im Ergebnis also Deklaration **und** Leistungsbefehl (Schaffung eines Vollstreckungstitels). Das Urteil ist Deklaration eines Gestaltungsrechts **und** zugleich Ausspruch seiner Vollziehung (oder wenigstens Anordnung der Vollziehung), wenn sich die Klage auf Erlaß eines konstitutiven Urteils als begründet herausstellt und wenn demgemäß erkannt wird.

Das rechtskräftige Endurteil wirkt, soweit es eine Feststellung enthält, Unbestreitbarkeit derselben. Aber eben deshalb, weil es, soweit es nur deklariert, in den materiellen Rechtszustand nicht eingreift (nicht ius facit, sondern nur pro veritate accipitur), beschränkt sich die Feststellungswirkung auf die Prozeßparteien, auf deren Tätigkeit das Urteil beruht.[10])

3. Das Urteil kann unrichtig sein.[11]) Dem Prozeßzweck entspricht dies nicht.[12]) Denn dieser geht auf Ermittlung der Wahrheit. Das richterliche „Erkenntnis" soll seiner Idee nach eine Erkennung des bestehenden Rechtszustandes sein und dem Schutz und der Verwirklichung bestehender Rechte dienen.[12a]) Aber mangels der Allwissenheit des Richters, wegen der

---

recht und Klagmöglichkeit 34, Rechtskraft § 2) auf die Kraft des eine authentische Deklaration enthaltenden Gesetzes und meint, jede formell authentische Deklaration sei Normierung in Gestalt der Offenbarung. Also macht die falsche Verurteilung wegen Diebstahls zum Diebe? Gegen die Gleichstellung von Urteil und Gesetz vgl. die allgemeine Erörterung über das Verhältnis von Gesetz und Richteramt unten § 92.

[9]) Auch der Klagantrag geht nicht abstrakt auf Verurteilung zur Zahlung von 1000 M., sondern 1000 M. Darlehen usw. Das übersieht Degenkolb, Beiträge 91.

[10]) Vgl. Hellwig, Rechtskraft § 3.

[11]) Heute wie in Rom, dessen Juristen sich sehr viel mit dem Falle beschäftigen, daß per iniuriam iudicis der Beklagte absolutus oder condemnatus est. Nach Pagenstecher, Zur Lehre v. d. mater. Rechtskraft (1905) hat das Urteil „analoge Wirkungen wie ein Feststellungsvertrag, der hinsichtlich des subjektiven Rechts geschlossen ist" (444 [1051]). „Das Urteil kann seinen Zweck nur erfüllen, wenn es stets die Wahrheit deklariert. Deshalb muß Vorsorge getroffen werden, daß unwahre Deklarationen nicht vorkommen können. Das kann nur dadurch geschehen, daß die Deklaration spätestens in dem Moment, in welchem sie wirksam wird, wahr wird. Da sich die Deklaration nicht mehr ändern kann, muß sich die Rechtslage ändern. Sie ändert sich im Moment des Eintritts der Rechtskraft, und zwar mit rückwirkender Kraft. Ist das, was der Richter deklariert, nicht die Wahrheit, so wird wahr, was er (als wahr) deklariert. Die Analogie mit dem Feststellungsvertrag liegt auf der Hand" (305). M. E. sind diese Resultate auf Fiktionen und falschen Prämissen aufgebaut. Man lese auch S. 445: „Der Urteilsantrag muß den Ausdruck des Wunsches enthalten, daß die Rechtslage — im Falle sie noch nicht so sei — so werde, wie sie nach dem Antrag im Urteil festgestellt werden soll."

[12]) In diesem Sinne habe ich in Klagr. u. Klagmöglichkeit 93 von „pathologischen" Fällen gesprochen. Nicht soll dies heißen, daß ein unrichtiges Urteil prozeßordnungswidrig sei, wie Goldschmidt, Materielles Justizrecht 16 anzunehmen scheint.

[12a]) Diesen Grundgedanken muß man immer bei der Auslegung der einzelnen Vorschriften des Gesetzes im Auge behalten. Es stellt Formen und Fristen für das prozessuale Handeln der Parteien auf und zieht dem Gerichte Schranken für sein Tun. Aber alles das geschieht, um Ordnung in das Verfahren zu bringen, nicht

Das Prozeßverhältnis kann Gegenstand einer prozessualen Rechtsnachfolge sein, so daß an Stelle des Gerichts oder der Partei ein anderes Gericht oder eine andere Partei tritt, der Prozeß aber nach Maßgabe der bisherigen Entwicklung, also in der Rechtslage, die durch das bisher Geschehene geschaffen wurde, weiter geführt wird. Solche Parteisuccession kann die Folge einer Nachfolge in das abzuurteilende Rechtsverhältnis sein. Aber die prozessuale Rechtsnachfolge kann auch stattfinden, wo eine materiellrechtliche nicht vorliegt,[2]) und umgekehrt kann letztere eintreten, ohne auf das Prozeßverhältnis einen Einfluß zu üben.[3])

2. Die Entwicklung des (fortbestehenden) Prozeßverhältnisses kann durch Vereinbarung der Parteien, durch Unterbrechung oder durch Aussetzung (§§ 239—252) einen einstweiligen Stillstand erleiden.

II. Beendigung.

1. Das Prozeßverhältnis im Urteilsverfahren findet seinen ordentlichen Abschluß durch die Fällung des Endurteils.[4]) Es enthält entweder eine Entscheidung zur Hauptsache oder nicht. Letzteres, wenn eine Prozeß- oder prozessuale Klagvoraussetzung fehlt, ersteres, wenn ein solcher Mangel sich nicht herausgestellt hat.

Die Entscheidung zur Hauptsache lautet entweder zu Gunsten des Klägers oder des Beklagten,[5]) je nachdem die Rechtsbehauptung (der „Anspruch" im prozessualen Sinne) des Klägers sich als begründet herausgestellt hat oder nicht.[6])

2. Das Endurteil ist das Ergebnis der Entwicklung des Prozeßverhältnisses. Wie der Zweck des Entscheidungsverfahrens nur die Klarstellung ist, welche von den Parteien mit ihrer Behauptung über den bestehenden Rechtszustand und mit der auf ihn gestützten Urteilsbitte recht hat, wie der Prozeß aber weder dazu bestimmt ist noch auch nur die Möglichkeit bietet, die Privatrechtsverhältnisse im Prozesse zu verändern:[7]) so ist auch jenes Ergebnis stets ein Ausspruch über das, was das Gericht als bestehenden Rechtszustand erkannt hat, also nicht Rechtsveränderung, sondern Deklaration.[8]) Jedes Urteil hat diese zur Grundlage und wirkt,

[2]) So bei der laudatio auctoris (§§ 76/7), bei Übernahme durch Vereinbarung und in sonstigen später darzustellenden Fällen.

[3]) So im Falle des § 265 (o. Bd. 1 § 52).

[4]) Außerordentliche Gründe sind einseitige Klagzurücknahme (§ 271) oder Vereinbarung der Prozeßbeendigung (namentlich auf Grund eines Vergleichs, vgl. einstweilen u. § 125), ferner Fortfall der Partei ohne Succession in die Parteirolle (z. B. § 628).

[5]) Der Kläger kann auch teilweise obsiegen, teilweise unterliegen, sei es quantitativ, sei es so, daß er zwar eine Verurteilung erlangt, aber mit Einschränkungen (BGB. § 274, ZPO. §§ 305, 780 I).

[6]) Es lautet nicht über den Rechtsschutzanspruch des Klägers oder des Beklagten, sondern leistet entweder jenem oder diesem Genüge, vgl. o. § 65 II.

[7]) Man denke an Prozesse über Familienverhältnisse, Erbrecht, Rechte an Grundstücken usw., nicht aber immer nur an Prozesse über Forderungen.

[8]) Degenkolb, Beiträge 34 beruft sich gegen die Ausführung des Textes (= Klag-

soweit es eine bloße Feststellung enthält, nur inter partes. Aber das Urteil kann mehr enthalten. Es ist nur Deklaration, wenn die Klage auf Feststellung durchdringt oder wenn eine Klage abgewiesen wird. Es ist Deklaration einer konkreten Verpflichtung in der Form des Befehls zu ihrer Erfüllung, wenn die Verurteilung zur Leistung ausgesprochen wird;[9]) im Ergebnis also Deklaration und Leistungsbefehl (Schaffung eines Vollstreckungstitels). Das Urteil ist Deklaration eines Gestaltungsrechts und zugleich Ausspruch seiner Vollziehung (oder wenigstens Anordnung der Vollziehung), wenn sich die Klage auf Erlaß eines konstitutiven Urteils als begründet herausstellt und wenn demgemäß erkannt wird.

Das rechtskräftige Endurteil wirkt, soweit es eine Feststellung enthält, Unbestreitbarkeit derselben. Aber eben deshalb, weil es, soweit es nur deklariert, in den materiellen Rechtszustand nicht eingreift (nicht ius facit, sondern nur pro veritate accipitur), beschränkt sich die Feststellungswirkung auf die Prozeßparteien, auf deren Tätigkeit das Urteil beruht.[10])

3. Das Urteil kann unrichtig sein.[11]) Dem Prozeßzweck entspricht dies nicht.[12]) Denn dieser geht auf Ermittlung der Wahrheit. Das richterliche „Erkenntnis" soll seiner Idee nach eine Erkennung des bestehenden Rechtszustandes sein und dem Schutz und der Verwirklichung bestehender Rechte dienen.[12a]) Aber mangels der Allwissenheit des Richters, wegen der

---

recht und Klagmöglichkeit 34, Rechtskraft § 2) auf die Kraft des eine authentische Deklaration enthaltenden Gesetzes und meint, jede formell authentische Deklaration sei Normierung in Gestalt der Offenbarung. Also macht die falsche Verurteilung wegen Diebstahls zum Diebe? Gegen die Gleichstellung von Urteil und Gesetz vgl. die allgemeine Erörterung über das Verhältnis von Gesetz und Richteramt unten § 92.

[9]) Auch der Klagantrag geht nicht abstrakt auf Verurteilung zur Zahlung von 1000 M., sondern 1000 M. Darlehen usw. Das übersieht Degenkolb, Beiträge 91.

[10]) Vgl. Hellwig, Rechtskraft § 3.

[11]) Heute wie in Rom, dessen Juristen sich sehr viel mit dem Falle beschäftigen, daß per iniuriam iudicis der Beklagte absolutus oder condemnatus est. Nach Pagenstecher, Zur Lehre v. d. mater. Rechtskraft (1905) hat das Urteil „analoge Wirkungen wie ein Feststellungsvertrag, der hinsichtlich des subjektiven Rechts geschlossen ist" (444 [1051]). „Das Urteil kann seinen Zweck nur erfüllen, wenn es stets die Wahrheit deklariert. Deshalb muß Vorsorge getroffen werden, daß unwahre Deklarationen nicht vorkommen können. Das kann nur dadurch geschehen, daß die Deklaration spätestens in dem Moment, in welchem sie wirksam wird, wahr wird. Da sich die Deklaration nicht mehr ändern kann, muß sich die Rechtslage ändern. Sie ändert sich im Moment des Eintritts der Rechtskraft, und zwar mit rückwirkender Kraft. Ist das, was der Richter deklariert, nicht die Wahrheit, so wird wahr, was er (als wahr) deklariert. Die Analogie mit dem Feststellungsvertrag liegt auf der Hand" (305). M. E. sind diese Resultate auf Fiktionen und falschen Prämissen aufgebaut. Man lese auch S. 445: „Der Urteilsantrag muß den Ausdruck des Wunsches enthalten, daß die Rechtslage — im Falle sie noch nicht so sei — so werde, wie sie nach dem Antrag im Urteil festgestellt werden soll."

[12]) In diesem Sinne habe ich in Klagr. u. Klagmöglichkeit 93 von „pathologischen" Fällen gesprochen. Nicht soll dies heißen, daß ein unrichtiges Urteil prozeßordnungswidrig sei, wie Goldschmidt, Materielles Justizrecht 16 anzunehmen scheint.

[12a]) Diesen Grundgedanken muß man immer bei der Auslegung der einzelnen Vorschriften des Gesetzes im Auge behalten. Es stellt Formen und Fristen für das prozessuale Handeln der Parteien auf und zieht dem Gerichte Schranken für sein Tun. Aber alles das geschieht, um Ordnung in das Verfahren zu bringen, nicht

Möglichkeit, daß er über die anzuwendenden Rechtsvorschriften irrt, und noch mehr aus dem Grunde, daß das Gesetz den Parteien die Herbeischaffung des Prozeßmaterials überläßt: aus allen diesen Gründen ist es im Zivilprozeß wie im Strafprozeß möglich, daß das Urteil einen Rechtszustand als vorhanden annimmt und deklariert, der in Wirklichkeit nicht vorhanden ist. Trotzdem bindet es die Parteien prozessual dadurch, daß jedes Zivilgericht,[13]) vor dem dieselbe Frage unter denselben Parteien abermals aufgerollt wird, die rechtskräftige Feststellung als richtig behandeln muß. Den materiellen Rechtszustand verändert das unrichtige Urteil nicht, soweit es nach seinem Inhalte Feststellungswirkung hat. Diese ist prozessual: Unbestreitbarkeit in künftigen Prozessen.

Das unrichtige Urteil wird als Rechtskränkung empfunden und ist — objektiv — eine solche. Hatte der abgewiesene Kläger eine begründete Klage angestellt, so ist auch sein Klagrecht verletzt. Aber soweit er dies in einem neuen Prozesse mit seinem Gegner[14]) behauptet, wird er mit der Behauptung nicht gehört.[15])

§ 71.

3. Die Wahrheitspflicht.

I. Bereits in der allgemeinen Betrachtung des Prozeßverhältnisses wurde dargelegt,[1]) daß das Gesetz den Parteien im Zivilprozeß eine aktive Beteiligung an der Entwicklung des Prozeßverhältnisses insoweit nicht auferlegt, als die Beteiligung nur in ihrem eigenen Interesse liegen könnte, daß aber die Rechtspflicht besteht, die Entscheidungsgrundlage nicht durch unwahre Angaben zu verfälschen (Wahrheitspflicht) und den Prozeß ohne

---

aber ist ihr Zweck, den Parteien Fallstricke zu legen und das Gericht zu hindern, das Recht zu erkennen und zu verwirklichen. Das Gesetz bindet den Richter und alle Beteiligten. Wo es uns aber nicht im Wege steht, haben wir die Aufgabe, das Prozeßrecht so auszulegen und auszugestalten, daß das hohe Ziel, der Gerechtigkeit zu dienen, auf dem einfachsten, schnellsten und sichersten Wege erreicht werden kann.

[13]) Nicht der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit (so z. B. im Erbbescheinigungsverfahren), nicht das Strafgericht. Deshalb brauchte RGStrafs. 34 S. 279 f. nicht die Rechtskraft in Frage zu stellen, um zur Bestrafung wegen Erpressung (begangen im Laufe des Prozesses) zu gelangen.

[14]) Dies ist der einzige Weg, auf dem das Klagrecht zur Geltung gebracht werden könnte. Einer Belangung des Richters wegen Rechtsverletzung (BGB. § 839) und einer Haftung des Staates (soweit solche für die Beamten anerkannt ist) steht die Rechtskraft nicht entgegen.

[15]) Deshalb kann ich es nicht als richtig anerkennen, wenn Degenkolb, Beiträge 35 meint, unsere Auffassung des Prozesses (Rechtsschutzfunktion) und die Annahme des Klagrechts als eines Rechtes auf Gewährung des Rechtsschutzes fordere die Beseitigung der materiellen Rechtskraft, und da das Gesetz letztere enthalte, so falle eine Hauptsäule des Klagrechts. Die Anerkennung der Rechtskraft führt bei jeder Auffassung über die bezeichneten Probleme unter Umständen zu Härten. Trotzdem kann sie nicht entbehrt werden.

[1]) Vgl. o. § 69 S. 32, wo in Note 21 auch die Literatur angeführt ist.

Verschleppung und gemäß den Anordnungen des Gerichts zu führen. Dies ist jetzt näher zu begründen und auszuführen. Zunächst handeln wir von der Wahrheitspflicht, die für denjenigen besteht, der sich an dem Prozesse beteiligt, also stets für den Kläger, für den Beklagten aber nur dann, wenn er nicht völlig passiv bleibt.

II. Die Wahrheitspflicht bedeutet in anderem Ausdruck das Verbot, bei einer prozessualen Aktion unwahre Behauptungen [2]) aufzustellen und (unbegründete) Anträge auf sie zu stützen. Dies folgt aus dem Prozeßzweck. Der Zivilprozeß ist nicht weniger als der Strafprozeß eine staatliche Einrichtung, die zur Wahrung des **Rechtes** bestimmt ist, nicht aber eine Einrichtung, bei der es vom Zufall oder von der Geschicklichkeit und Skrupellosigkeit der Parteien abhängen soll, wer als Sieger hervorgeht. Der fundamentale Unterschied liegt im wesentlichen darin, daß im Zivilprozeß der Staat in der Regel [3]) den Parteien die Herbeiführung einer richtigen Entscheidung überläßt. Deshalb ist hier die Möglichkeit einer durch Nachlässigkeit der Parteien oder durch ihre mangelhafte Kenntnis des Sachverhalts verursachten unrichtigen Entscheidung weit größer, als da, wo der Staat dem Gericht zur Pflicht macht, mit allen Mitteln auf die Fällung einer das Recht wirklich erkennenden Entscheidung hinzuarbeiten. Aber auch im Zivilprozeß ist ein Urteil, das kein Erkenntnis des Rechts ist, eine Erscheinung, die nicht nur im Hinblick auf die mit Unrecht unterlegene Partei zu beklagen ist, sondern auch dem öffentlichen Interesse widerstreitet. Das Ansehen der Justiz wird verletzt, wenn der Rechtsgang zu einer Einrichtung wird, durch die Recht in Unrecht verkehrt wird. Die altgermanische Idee, daß der König, in dessen Namen das Gericht spricht, das Recht zu stärken und das Unrecht zu kränken berufen ist, gilt auch noch für das heutige Rechtsleben, auch im Zivilprozeß.[4])

Die Wahrheitspflicht bedeutet im ordentlichen Zivilprozeß nicht die Pflicht, sich an dem Prozeß zu beteiligen, um die wahre Rechtslage an den Tag zu bringen. Vielmehr steht es der Partei im gewöhnlichen Verfahren frei, völlig passiv zu bleiben. Aber wenn sie im Prozeß tätig wird, muß sie bei der Wahrheit bleiben.[5])

---

[2]) In Beziehung auf die konkrete Rechtslage und die sie begründenden Tatsachen. Gegensatz: Rechtsdeduktionen. Diese sind überflüssig. Sind sie unrichtig, so muß der Richter dies sofort erkennen und sein Verhalten danach einrichten. Die rechtlich für diesen Prozeß bedeutungslose Tatsache macht er nicht zum Gegenstande einer Beweisaufnahme.

[3]) Die Fälle, in denen der Unterschied zwischen den beiden Verfahrensarten noch viel geringer ist und die Gleichheit des Prozeßzwecks viel stärker hervortritt, sind v. § 69 Note 22 angeführt.

[4]) Justinian schloß den Verzicht auf den Kalumnieneid deshalb aus, weil er non pro commodo privatorum, sed pro communi utilitate sei (c. 2 § 4 C. 2, 58). Vgl. Klein, Schuldh. Parteihandlung 213.

[5]) Aus dieser Auffassung ergeben sich wichtige Konsequenzen bezüglich der Bedeutung der vom Richter gemäß § 139 gestellten Fragen und der sonstigen Maß-

Man hat behauptet, daß die Wahrheitspflicht mit der den Zivilprozeß beherrschenden Verhandlungsmaxime im Widerspruch stehe.[6]) Allein sie bedeutet in der hier in Frage stehenden Richtung nur, daß der Richter nur auf Grund des von den Parteien beigebrachten Prozeßstoffs und Beweismaterials seine Entscheidung zu fällen hat. Er hat also jede relevante Behauptung der Partei anzuhören und zu berücksichtigen. Da der Richter nicht allwissend ist, so kann er nicht verhüten, daß die Partei unwahre Behauptungen aufstellt, und die Verhandlungsmaxime verbietet es ihm, nach ihrer Wahrheit zu fragen, wenn der Gegner zugestanden hat.[7]) Aber daraus, daß die Parteien jene Möglichkeit haben und daß der Richter die Partei anhören muß, folgt nicht das Recht zu unwahren Behauptungen, insbesondere nicht das Recht zur Lüge. Der Prozeß ist dazu da, das begründete Klagrecht durchzusetzen; der Beklagte hat nur das Recht auf Zurückweisung des unbegründeten Angriffs.[8]) Der unbegründete Angriff und der ungerechtfertigte Widerspruch: beide sind Unrecht; beide zu unterlassen sind deshalb die Parteien verpflichtet. Dies deshalb nicht weniger, weil die Lüge vielleicht erst im weiteren Verlauf des Prozesses erkannt wird und weil erst am Ende des Prozesses entschieden werden kann, auf welcher von beiden Seiten das Recht ist.

Auch mit dem Grundsatz, daß die Beweislast unter den Parteien verteilt ist, steht die Wahrheitspflicht, wie wir sie verstehen, nicht in Widerspruch. Behauptet der Kläger, eine Darlehensforderung zu haben, so erspart ihm das Gesetz den Beweis ihres Fortbestehens, wenn ihre Entstehung gewiß ist. Steht der Vertragsschluß fest, so erwartet das Gesetz, daß der Beklagte die Simulationsvereinbarung beweist. Aber wie die Existenz des Klagrechts die jetzige Existenz der Darlehensforderung und einen ernstlich gemeinten Vertragsschluß voraussetzt, so kann auch von einem Recht, die geschehene Rückzahlung oder die Simulation zu verschweigen, nicht die Rede sein. Jene Beweislastverteilung geschieht nicht zu dem Zweck, dem Nichtberechtigten den Sieg zu verschaffen, sondern zu dem Zweck, ihm die Rechtsverfolgung gegenüber ungerechtfertigter Behauptung der Rückzahlung oder Simulation zu sichern. Es ist also ein Mißbrauch einer

---

regeln, die das Gericht zur Feststellung des wahren Sachverhalts getroffen hat. Sie alle setzen voraus, daß gestritten wird; bei völliger Passivität einer Partei kommen sie nicht zur Anwendung.

[6]) Wach bei Grünhut 6 54f. Dagegen in schlagender Beweisführung Klein a. a. O. 125f., 215f.: vgl. auch Degenkolb, Beiträge 63f., Görres ZZP., 34 36f.

[7]) §§ 288, 306/7.

[8]) Besteht für den klagberechtigten Kläger der Rechtsschutzanspruch (auf Verurteilung usw.), so wäre es ein offenbarer Widerspruch, wenn das Gesetz dem Beklagten nicht nur die Möglichkeit des Widerspruchs, sondern das Recht zum Widerspruch geben würde. Jene Möglichkeit ist nur die notwendige Folge davon, daß das Gericht nicht allwissend ist. Weil die Parteien nicht schlechthin das Recht zum Bestreiten haben, kann schon deshalb nicht die Rede davon sein, den § 226 BGB. auf das schikanöse Bestreiten anzuwenden (gegen Görres ZZP. 34 9).

vom Prozeßgesetz gewährten Einrichtung, wenn der Kläger im Vertrauen auf sie die Verfolgung einer durch Rückzahlung getilgten Darlehensforderung unternimmt und die Rückzahlung leugnet. Fehlt ihm das Bewußtsein, daß er eine Unwahrheit behauptete, so begeht er trotzdem durch die Verletzung der Wahrheitspflicht objektiv eine prozessuale Rechtswidrigkeit, die mindestens den Nachteil der Verurteilung in die Prozeßkosten nach sich zieht. Ebenso handelt der Beklagte rechtswidrig, wenn er trotz Empfangs des Darlehens die Auszahlung bestreitet und den Kläger nötigt, den Beweis zu führen.[9])

III. Die Wahrheitspflicht, die wir für unseren Zivilprozeß in Anspruch nehmen, ist in der Österreichischen Zivilprozeßordnung als allgemeines Rechtsprinzip ausgesprochen. „Jede Partei hat ... alle zur Begründung ihrer Anträge[10]) erforderlichen Umstände **der Wahrheit gemäß** vollständig und bestimmt anzugeben." [11]) Auch sichert das Österreichische Gesetz die Beobachtung der Wahrheitspflicht in kraftvoller Weise. Es kennt nicht nur die Prozeßkostennachteile für den Unterliegenden, sondern setzt 1. in gewissen Fällen eine dem Armenfonde zufließende besondere Strafe (bis 300 Gulden) auf den „Mutwillen" (den wissentlichen Gebrauch unbegründeter Rechtsbehelfe).[12]) 2. Das Gericht kann die unterliegende Partei, wenn sie offenbar mutwillig den Prozeß geführt hat, auf Antrag des Siegers verurteilen, an diesen eine „entsprechende Entschädigung" zu zahlen.[13])

Unsere Zivilprozeßordnung spricht die Pflicht, bei der Wahrheit zu bleiben, nicht allgemein aus, und sie ist bezüglich der Mittel, die sie zur Bekämpfung der Unwahrheit bietet, gegenüber anderen modernen Gesetzgebungen und gegenüber dem römischen[14]) und älteren deutschen Rechte so

---

[9]) Aus der Regelung der Beweislast darf man nicht mit Schneider, Treu und Glauben 4 ein „Recht der Partei auf Beweis, auf ausreichenden Beweis der gegnerischen Angaben" ableiten. Ebenso ist es nicht wahr, daß „alle von der Rechtsordnung dargebotenen Streitmittel von ihr als ehrliche Waffen angesehen werden" (S. 2). Gegen Schneider auch Vierhaus ZZP. 32 429. Unrichtig auch Görres ZZP. 34 42 („Es ist das Recht des Bestreitenden, zu verlangen, daß die gegnerischen Behauptungen sich im Kreuzfeuer des Prozeßgefechts bewähren").

[10]) Eine Verpflichtung, den unwahren Angaben des Gegners entgegenzutreten, besteht also auch nach Östr. Recht nicht. Der Beklagte, der einer unbegründeten Klage keinen Widerspruch entgegensetzt, verletzt sein Interesse, aber keine Rechtspflicht.

[11]) Östr. ZPO. § 178. Schneider, Treu und Glauben im Prozeß 21 meint, nur die Wahrheit eigener Angaben sei hiermit gefordert; fremde Angaben wider besseres Wissen abzuleugnen, sei nicht verboten. M. E. ist das nicht einmal als Wortinterpretation richtig. Zur Begründung des Abweisungsantrags dient eben die Behauptung, es verhalte sich nicht so, wie der Gegner es behauptet habe. Ob z. B. der Beklagte diese Behauptung in die Form kleidet, das Darlehen sei nicht ausgezahlt, oder in die Form, man bestreite die Auszahlung: in beiden Fällen handelt es sich um „Angaben", die er macht.

[12]) Östr. ZPO. §§ 69, 313, 326, 354, 512, 528; Exekutionsordnung § 168.

[13]) Östr. ZPO. § 408. Diese Entschädigung dient nicht nur dem Ersatz des Vermögensschadens, sondern vor allem der Genugtuung des verletzten Rechtsgefühls und hat eine gewisse Verwandtschaft mit unserer Buße. Vgl. Klein, Vorlesungen 12.

[14]) Vgl. darüber besonders Klein, Schuldhafte Parteihandlung 65f.

außerordentlich zaghaft, daß in der Theorie die Existenz der Wahrheitspflicht (als Rechtspflicht) ernstlich bestritten werden konnte[15]) und in der Praxis der Prozeß vielfach als ein Mittel betrachtet wird, um sich durch rücksichtslose Benutzung aller nach der ZPO. vorhandenen Möglichkeiten, namentlich durch skrupelloses Bestreiten und doloses Benutzen der Beweisnot des Gegners einer lästigen Verbindlichkeit zu entziehen oder unbegründete Ansprüche durchzusetzen.[16]) Nicht nur die Gesetzgeber, die den Glauben an die Erlaubtheit aller Mittel im Prozeß aufkommen ließen,[17]) tragen die Mitschuld an den eingerissenen Mißständen, sondern auch die Gerichte, letztere insofern, als sie in der Anwendung der wenigen vom Gesetz zur Bekämpfung der Unwahrheit gebotenen Mittel so zaghaft sind, daß diese bei sehr vielen Gerichten fast in Vergessenheit geraten zu sein scheinen.[18])

Die prozessuale Wahrheitspflicht gehört zu der Klasse von Rechtswahrheiten, die so elementar sind, daß die Rechtsordnung sie nicht allgemein auszusprechen braucht. Eine Prozeßordnung, die die Lüge im Prozesse nicht als eine Rechtswidrigkeit verbieten würde, stände auf der tiefsten Stufe, und wir müßten uns vor der Vergangenheit und Gegenwart schämen, wenn wir eine solche Prozeßordnung hätten.

Die Wahrheitspflicht folgt, wie unter II bereits dargelegt wurde, mit Notwendigkeit aus dem Prozeßzwecke, der Pflege des Rechts ist.[19]) Unsere

---

[15]) So von Wach in Grünhuts Z. 6 347, Vorträge (2) 218f. (vgl. aber auch 76). Merkwürdig ist, daß gerade ein so energischer Verteidiger der Erklärungs- und Einlassungspflicht, wie Wach es ist, ein Leugner der Wahrheitspflicht sein kann (vgl. o. § 69 bes. S. 32f.). Schneider a. a. O. 2 meint, die Führung des Prozesses entsprechend den Geboten der Sittlichkeit gehe „über unsere Kraft“. Aber wir verlangen ja nicht mehr, als daß die Ehrlichkeit, die außerhalb des Prozesses von jedem anständigen Menschen als selbstverständlich betrachtet wird, auch im Prozesse betätigt werde. Pagenstecher, Rechtskraft 445 meint, der Klagantrag „müsse den Ausdruck des Wunsches enthalten, daß die Rechtslage — im Falle sie noch nicht so sei — so werde, wie sie nach dem Antrag im Urteile festgestellt werden soll“. Also der Kläger darf nicht nur, sondern muß sogar zum Richter sagen: mache den Beklagten schuldig, wenn er nicht schon schuldet!

[16]) In ZZP. 34 63 wird von einem Anwalte „eine stark entwickelte Erfindungsgabe der Vertreter“ bezeugt und konstatiert, daß die Gepflogenheit wissentlich unwahren Vorbringens angesichts des Mangels an entgegenstehenden Lügenstrafen ziemlich weite Ausdehnung angenommen hat. Das ist eine Vergiftung des Rechtslebens.

[17]) Die Straflosigkeit der unbeeidigten wahrheitswidrigen Zeugenaussage ist eine weitere höchst bedauerliche Lücke in unserer Gesetzgebung. — Bedauerlich ist auch die in der Judikatur des Reichsgerichts herrschende Beschränkung der Strafbarkeit der im Prozesse geübten Täuschung, vgl. Note 27.

[18]) In diesem Punkte muß die Prozeßreform mit besonderer Energie einsetzen und dafür sorgen, daß die guten Prozeßsitten nicht verloren gehen und da, wo sie verloren sind, wieder gewonnen werden.

[19]) Sehr schön sagt Degenkolb, Einlassungszwang 43: „Das Prozeßrecht löst sich in trostlosen Formalismus auf, es verliert seine wahrhaft ethisch rechtliche Substanz, wenn man nicht in das Prozeßrecht selbst das Gebot subjektiver Wahrhaftigkeit als ein an beide Parteien gerichtetes Gebot hineinzieht.“ Vortrefflich auch Klein a. a. O. 125f. und neuerdings wieder Degenkolb, Beiträge 63f. Mit Recht hat sich Degenkolb bereits gegen Görres ZZP. 34 erklärt, der ein Privatrecht auf Wahrheit

Prozeßordnung verzichtet allerdings darauf, die Erfüllung dieser Rechtspflicht durch die Forderung des Kalumnieneides präventiv zu sichern. Aber wir haben eine Reihe von gesetzlichen Bestimmungen, denen der Gedanke zugrunde liegt, daß eine Wahrheitspflicht besteht und daß ihre Verletzung eine objektive Rechtswidrigkeit, ein prozessuales Unrecht ist.[20]) Als solche Vorschriften haben wir nicht nur diejenigen zu betrachten, die auf das Vorbringen unbegründeter Rechtsbehelfe eine Strafe androhen, sondern alle Bestimmungen, die darauf prozessuale Nachteile setzen. Strafrechtliche Vorschriften und Vorschriften des bürgerlichen Rechts, die wegen unwahrer Prozeßführung die Schadensersatzpflicht eintreten lassen, kommen nur unterstützend in Betracht, nämlich insofern, als dieses zivil- oder strafrechtliche Delikt eine objektive Rechtswidrigkeit voraussetzt, die unter Hinzutreten der erforderlichen subjektiven Momente zur Strafe oder zur Schadensersatzpflicht führt, aber auch dann vorhanden ist, wenn wegen Fehlens des Verschuldens jene besondere Folge nicht eintreten kann.[21])

1. Die Nachteile, die die ZPO. wegen einer Verletzung der Wahrheitspflicht eintreten läßt, sind am stärksten, wenn diese Verletzung sich infolge besonderer Qualifikation als eine strafbare Handlung darstellt. Ist eine solche durch den Gegner oder einen Vertreter begangen und ist das Urteil durch sie erwirkt, so bildet sie sogar einen Grund für die Anfechtung des rechtskräftigen Urteils, um so mehr natürlich für die Anfechtung einer an sich bindenden Parteierklärung (Geständnis, Anerkennung und Verzicht im Sinne der §§ 306/7), falls ein Urteil noch nicht erlassen oder durch Berufung (Einspruch) angefochten wird. Hierher gehören nicht nur der Meineid (der Partei), Nötigung, Erpressung oder wucherisches Benehmen (zu dem Zwecke, um den Gegner vor Gericht von der Aufdeckung des wahren Sachverhalts abzuhalten),[22]) Gebrauch gefälschter Urkunden,

(verletzbar nach BGB. § 823 I) konstruiert (S. 37) und die Begründung des Lügenverbots erst aus dem BGB. ableitet (S. 36, 56). Er macht damit denselben Fehler, den er mit Recht bei Trutter, Bona fides im Zivilprozeß, rügt.

[20]) Mit dem Prozeßzweck steht in Widerspruch die Unwiderruflichkeit des Geständnisses, wenn es in Kenntnis der Unwahrheit der vom Gegner behaupteten Tatsache abgelegt ist (§ 290). Wie irrationell diese Vorschrift ist, zeigt sich handgreiflich bei Fällen, wie sie in RGStraff. 2 S. 436 abgeurteilt sind. De lege ferenda wird sie mit Recht bekämpft von Demelius, Confessio 335, Schmidt 455, Görres ZZP. 34 45.

[21]) Zivilrechtliche besondere Bestimmungen fehlen. Es kommt für die Schadensersatzpflicht wegen Vorbringens unwahrer Tatsachen im Entscheidungsverfahren abgesehen von § 823 II, dem Görres ZZP. 34 38 eine viel zu enge Auslegung gibt, nur der § 826 in Betracht (wie gemeinrechtlich nur die actio doli). Viel höhere Anforderungen stellte das römische Recht an den Prozeßführenden; es zeigt auch darin ein gesunderes Rechtsgefühl und einen höheren sittlichen Standpunkt. Über die poenae temere litigantium, die zum Teil schon deshalb eintraten, weil der Beklagte es überhaupt zum Prozeß kommen ließ, vgl. Seuffert, Arch. f. ziv. Pr. 67 323 f. — Görres ZZP. 34 37 f. konstruiert ein Recht auf Wahrheit, rechnet es zu den Rechten des § 823 I BGB. und läßt wegen levis culpa haften. Aber die Wahrheitspflicht ist eine prozeßrechtliche. Ein Recht des Gegners auf Wahrheit gibt es nicht, und wenn es existierte, gehörte es nicht zu den Rechten des § 823 I.

[22]) RG. 39 Nr. 35 gewährt dem Beklagten, der unter dem Drucke des Wuchers

sondern auch betrügerische Handlungen. Sie sind strafbar nicht nur, wenn sie den Gegner dazu gebracht haben, daß er eine Behauptung des Betrügers nicht bestreitet oder anerkennt oder daß er die Anführung einer Verteidigungstatsache unterläßt oder die gemachte Anführung zurücknimmt,[23]) sondern auch dann, wenn die Partei[24]) das Gericht unmittelbar durch ihre bewußt unwahren Angaben[25]) zum Erlaß des Urteils oder einer dieses vorbereitenden Entscheidung[26]) bestimmt hat. Nicht nötig ist dabei, daß die wissentlich Falsches behauptende Partei ihrem unwahren Vorbringen durch Beweismittel den Anschein der Wahrheit gegeben hat und der Richter bei Prüfung dieses Beweismaterials zu der Überzeugung gelangte, daß das unwahre Vorbringen wahr sei.[27]) Wenn man dies fordert, so übersieht man

---

gezwungen wurde, ein Versäumnisurteil gegen sich ergehen zu lassen, ohne weiteres eine Deliktsklage. Eine solche ist gegen einen Dritten allerdings gegeben, nicht aber gegen den Kläger, dem die rechtskräftige Feststellung der Schuld zugute kommt und dem gegenüber die Behauptung, daß die Schuld mit Unrecht festgestellt sei, durch das Urteil so lange abgeschnitten ist, als dieses besteht. Wie Schneider, Treu und Glauben 37 bereits richtig ausgeführt hat (vgl. jetzt auch Kleinfeller, Z. f. Rpflege in Bayern 1906 Nr. 2, wo sich S. 1 Note 1 eine unrichtige Angabe über meine Ansichten findet), ist die Restitutionsklage der einzige Weg, auf dem dem Beklagten geholfen werden kann. Sie steht nicht zur Wahl mit der Deliktsklage, wie Dernburg JZ. 05 S. 465 f. meint, sondern ist das einzige Mittel, um die Unbestreitbarkeit der Feststellung zu brechen. Mit Recht bemerkt Keyßner, Voss. Ztg. 1905 Nr. 236 S. 12: „Die durch die Gesetzgebung gesteckten Grenzen dürfen nicht durch das Wohlgefühl der guten Sitte und Treu und Glauben niedergerissen werden." Ist man der Ansicht, daß die durch das Gesetz gesteckte Begrenzung der Restitutionsklage zu eng ist, so muß das Gesetz geändert werden, aber der Richter darf sich nicht einfach über dieses hinwegsetzen.

[23]) Veranlasse ich den Erben meines Darlehnsschuldners, der sich den Schuldschein nicht zurückgeben ließ, durch die wahrheitswidrige Versicherung, das Geld sei noch nicht gezahlt, dazu, mir nochmals zu zahlen, so liegt zweifellos Betrug vor. Ebenso aber auch, wenn ich ihn durch diese Vorspiegelung zum Abschlusse eines Prozeßvergleichs bewege oder dazu, daß er Versäumnisurteil gegen sich ergehen läßt oder daß er anerkennt. Das Urteil beruht auf der Nichtbestreitung oder Anerkennung, ist also durch die strafbare Handlung erwirkt.

[24]) Sie kann die Täuschung direkt begehen oder den Prozeßvertreter zu ihr veranlassen. Kennt dieser die Täuschungsabsicht, so wird er als Täter, die Partei als Anstifter bestraft. Täuscht er, ohne daß seine Partei mitbeteiligt ist, so ist er allein strafbar. — Strafbar ist auch derjenige, der durch eine vorgeschobene gutgläubige Person die Täuschung begeht, so z. B. durch einen Inkassomandatar, dem die Forderung fiduziarisch abgetreten oder durch Indossament übertragen ist. ZPO. § 580 Nr. 4 ist in ausdehnender Auslegung ebenfalls auf solche Fälle anzuwenden.

[25]) Vgl. dazu o. Note 2, 11.

[26]) So z. B. zur Bewilligung der öffentlichen Zustellung durch die Angabe, der Aufenthalt des zu Beklagenden sei unbekannt. Diesen Fall behandelt die in JZ. 05 S. 1109 mitgeteilte Entscheidung, wo wiederum der zur Vernichtung der Rechtskraft führende Standpunkt eingenommen wird, die Rechtskraft müsse zessieren, wo sie bewußt rechtswidrig herbeigeführt sei. Nach römischem Recht war solches Verfahren zulässig (vgl. l. 75 D. 5, 1: Si per dolum sciens falso aliquid allegavit et hoc modo consecutum eum sententiam praetoris liquido fuerit adprobatum, existimo debere iudicem querellam rei admittere). Den heutigen Grundsätzen über die Rechtskraft widerspricht es. Die ZPO. weist einen bestimmten ausschließlichen Weg zur Geltendmachung eines solchen Vorbringens (§ 580 Nr. 4), auf den das RG. den Kläger hätte verweisen müssen, vgl. Note 27.

[27]) RG. (II. S.) in JWSchr. 1905 S. 234 Nr. 16 geht von dem im Texte abgelehnten Satze aus und behauptet, nur auf diesem Wege sei eine Täuschung des Richters im Zivilprozesse möglich. In derselben Entscheidung wird die Nichtbeachtung

vollständig, daß nach unserem Gesetz (§ 286) auch bei den auf Grund mündlicher Verhandlungen zu fällenden Entscheidungen keineswegs nur auf Grund von Beweismitteln zu urteilen ist;[28]) man schaltet die Persönlichkeit des Behauptenden völlig aus; man degradiert die Angaben der Partei zu Behauptungen, auf die nichts zu geben ist, und erweckt den Anschein, als sei eher mit ihrer Unrichtigkeit, als mit ihrer Wahrheit zu rechnen. Ganz unhaltbar aber ist der bekämpfte Standpunkt bei all den Entscheidungen, die nicht auf Grund mündlicher Verhandlung zu fällen sind, wie z. B. bei den Gesuchen um Bewilligung der öffentlichen Zustellung. Eine Praxis, die die lügnerische Angabe des Klägers, der Aufenthaltsort der Partei sei unbekannt, als wertlos, als nicht geeignet, auf die richterliche Überzeugung zu wirken, betrachtet, nimmt dem Zivilprozeßverfahren jeden sittlichen Hintergrund und fordert geradezu zu lügnerischen Angaben auf.

Ein mit besonderer Strafe bedrohter, aber ebenfalls in unserem Zusammenhang verwertbarer Fall ist die Geltendmachung erdichteter Forderungen im Konkurse, sei es im Interesse des Gemeinschuldners, sei es in der Absicht, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen.[29])

2. Auf den Mutwillen setzt der § 47 II des GKG. eine Strafe, indem er bestimmt, daß für die Entscheidung über gewisse Anträge, die in der Regel kostenfrei erfolgt, die besondere Erhebung einer Gebühr (drei Zehnteile der vollen Gebühr) von Amts wegen zu beschließen ist, wenn das Verfahren „mutwillig veranlaßt war", also wenn ein offenbar unbegründeter Antrag gestellt ist. In unseren Zusammenhang paßt diese Bestimmung insofern, als dies in der Regel auf Grund der Behauptung von unwahren Tatsachen geschieht.

3. Im übrigen hat die Verletzung der Wahrheitspflicht folgende Wirkungen:

a) Die festgestellte Unwahrhaftigkeit bildet ein wichtiges Moment, das der Richter bei der Würdigung der Wahrheit sonstiger Behauptungen der

der Erschleichung einer öffentlichen Zustellung damit motiviert, es sei nicht ohne weiteres anzunehmen, daß das Gericht durch eine beigelegte Zeitungsnotiz zu der Annahme, der Aufenthalt des zu Beklagenden sei unbekannt, gelangt sei. Auch sei es (für § 203 ZPO.) erforderlich, daß der Aufenthalt überhaupt unbekannt sei; hierüber habe aber das Gericht nach pflichtmäßigem Ermessen zu befinden. (Diese Entscheidung steht im Einklang mit der Praxis der Strafsenate, vgl. nam. Entsch. in Strafsachen 20 392. Vgl. darüber Olshausen, Komm. Erl. 40 zu § 263, Frank, Erl. V, 2 zu § 263, v. Liszt, Lehrb. § 139.) — So verbaut das RG. auf der einen Seite den Weg, auf dem in legitimer Weise die Rechtskraft gebrochen werden kann, um den Fehler durch Preisgabe der Rechtskraft wieder gut zu machen (Note 26).

[28]) Mit Recht dagegen Schneider, Treu und Glauben 46 Note 21. — Gegen das RG. in beachtenswerter Weise auch Görres ZZP. 34 50f., der aber ebenso wie Schneider nicht weit genug geht.

[29]) KO. § 242 Nr. 2. Es ist nicht nötig, daß die Täuschung gelang. Die bloße Geltendmachung genügt, um die Zuchthausstrafe zu verwirken. Und im ordentlichen Prozesse sollte ein Betrug nur vorliegen, wenn der Richter durch Beweismittel getäuscht ist (Note 27)?

Partei (§ 286) oder bei der Frage, wem der richterliche Eid aufzuerlegen ist (§ 475), zu berücksichtigen hat.

b) Von besonderer Beweiskraft für die Existenz der Wahrheitspflicht sind die Grundsätze über die Prozeßkosten.[30])

α) Nach der ZPO. § 91 sind sie im allgemeinen von der unterliegenden Partei zu tragen ohne Rücksicht darauf, ob ihr ein Verschulden zur Last fällt. Insofern sie hiernach den abgewiesenen Kläger oder den Beklagten treffen, der der Klage erfolglos Widerspruch entgegengesetzt hat,[31]) sind sie ein Nachteil, der sich an eine falsche Rechtsberühmung oder wahrheitswidrige Bestreitung anschließt und deshalb eintritt, weil das Gesetz das ungerechtfertigte Prozessieren objektiv als eine Rechtswidrigkeit ansieht.[32])

Hierin liegt der fundamentale Unterschied der hier behandelten Nachteile von denen, die in der Präklusion einer Handlungsmöglichkeit bestehen (s. o. § 69 S. 32 f.). Daß die objektive Rechtswidrigkeit hier genügt und daß nicht auch noch ein Verschulden der Partei, welche die Kosten durch ihr ungerechtfertigtes Prozessieren verursacht hat, gefordert wird,[33]) rechtfertigt sich daraus, daß eine von beiden Parteien die Kosten tragen muß: es würde jedenfalls ungerecht sein, den Sieger mit den Kosten der Rechtsverfolgung (das ist auch die begründete Verteidigung!) zu belasten.

β) Ganz rein tritt uns der Rechtsgedanke, daß das Aufstellen unwahrer Behauptungen nicht nur kein Recht, sondern ein Unrecht ist, in der Vorschrift des § 96 entgegen. Siegt eine Partei, so können ihr trotzdem diejenigen besonderen Kosten[34]) auferlegt werden, welche durch ein er-

---

[30]) Die Verurteilung in die Prozeßkosten erzeugt 1. die Verpflichtung gegenüber dem Staat zur Zahlung der Gerichtsgebühren, 2. gegenüber dem Gegner die Verpflichtung zum Ersatz der Unkosten, die ihm durch die Führung des Prozesses entstanden sind (§ 91 II). Als Erstattungspflicht erscheint die Kostenverpflichtung deshalb, weil jede Partei die durch ihre Prozeßführung entstehenden Unkosten (Gerichtskostenvorschuß, Anwaltshonorar usw.) zunächst selbst zu bestreiten hat. Aber auch nach dieser Seite hin ist der Grund der Verpflichtung kein privatrechtlicher, wie dies besonders scharf in denjenigen Fällen hervortritt, in denen die Erstattungspflicht als reine Folge des Gebrauchs der richterlichen Strafgewalt erscheint (vgl. u. β und § 72). Ganz zweifellos ist die Verpflichtung eine rein publizistische, soweit sie gegenüber dem Staate besteht. Die Natur der Verpflichtung, die durch die Verurteilung in die Prozeßkosten einheitlich erzeugt wird, muß aber eine einheitliche sein. Weitere Schädigungen, die durch die ungerechtfertigte Prozeßführung und die in ihr enthaltene falsche Rechtsberühmung oder Bestreitung entstanden sind (z. B. Untergrabung des Kredits, Abschreckung von Käufern), beurteilen sich in ihren Folgen nach bürgerlichem Recht (BGB. § 826). Weiter geht die Haftung wegen ungerechtfertigter Vollstreckung (z. B. ZPO. § 717) und im Falle des § 945 (Arrest).

[31]) Sie treffen den Beklagten auch dann, wenn er nicht widersprochen hat, können aber von ihm nach §§ 93,4 abgewendet werden, wenn er zur Klagerhebung keine Veranlassung gegeben hatte. Hat er sie zu tragen, obwohl er nicht widersprochen hat, so liegt der entscheidende Grund darin, daß er es überhaupt zur Klage hat kommen lassen. Beide Gründe sind für die Erklärung der Kostenpflicht heranzuziehen.

[32]) Mit der Möglichkeit, daß eine Rechtsbehauptung wahr ist, obwohl sie nicht erwiesen werden kann, kann das Gesetz nicht rechnen, hier ebensowenig, wie bei der Frage, ob das rechtskräftige Urteil bindend ist. Das Gesetz rechnet mit dem, was prozeßordnungsgemäß als der festzustellende Rechtszustand erscheint.

[33]) Auch das BGB. macht von dem Verschuldungsprinzip Ausnahmen, vgl. §§ 829, 833, 835.

folglos gebliebenes Angriffs- oder Verteidigungsmitte entstanden sind. Auch die Partei, die im Rechte ist, soll nicht den Versuch machen, mit unbegründeten Rechtsbehelfen zum Siege zu gelangen.

Beispiele: 1. Der Beklagte leugnet zunächst den Empfang des Darlehens, veranlaßt hierdurch eine Zeugenvernehmung und legt dann, nachdem die Hingabe an ihn bewiesen ist, eine Quittung über die Rückzahlung vor, infolge deren die Klage abgewiesen wird. 2. Eine Räumungsklage ist darauf gestützt, daß der Beklagte Mißbrauch bei der Benutzung der Wohnung getrieben habe. Nachdem diese Behauptung sich durch die Beweisaufnahme als unwahr herausgestellt hat, stützt sich der Kläger darauf, daß er die Wohnung rechtzeitig zu dem fraglichen Termin gekündigt habe. Dies ist wahr und führt zu der Verurteilung des Beklagten. Im ersten Fall ist die Rechtsbehauptung des Klägers, daß ihm das Darlehen geschuldet werde, im zweiten Fall die Bestreitung (des Räumungsrechts) durch den Beklagten unwahr. Deshalb tragen sie als die Unterliegenden die Prozeßkosten (§ 91). Aber im ersten Fall hat der Beklagte, im zweiten Fall der Kläger die Wahrheitspflicht bezüglich einer einzelnen Tatsache (Darlehensauszahlung, Mißbrauch) verletzt, und sie unterliegen deshalb dem in § 96 bestimmten Nachteil.

Über die Frage, ob hier die Verletzung der Wahrheitspflicht den Nachteil nach sich ziehen soll, entscheidet das Gericht von Amts wegen und nach freiem Ermessen. Man ist darüber einverstanden, daß es hierbei darauf zu sehen hat, ob die Partei die Unbegründetheit ihres erfolglos gebliebenen Rechtsbehelfs kannte oder doch kennen mußte. Die Verursachung der besonderen Kosten genügt hier also nicht, sondern es bleibt bei dem Prinzip, daß Verschuldung erforderlich ist. Hierdurch tritt der Charakter des Nachteils als einer Strafe deutlich hervor. Sie ist eine Prozeßstrafe, Strafe für Verletzung einer prozessualen Verpflichtung: der Wahrheitspflicht.[35]) Diese besteht natürlich auch im Interesse des Gegners, aber sie ist eine Pflicht gegenüber dem Gerichte, an das ja die Erklärungen der Parteien gerichtet werden. Seine Aufgabe, das Recht zu wahren, darf nicht durch Aufstellung unwahrer Behauptungen erschwert werden; es soll nicht in die Gefahr gebracht werden, einen unrichtigen Spruch zu fällen und dadurch dem Rechte Abbruch zu tun.[36])

γ) Die Prozeßkostenpflicht entspringt der Prozeßführung; die Frage, wen sie trifft und welchen Inhalt sie hat, hängt von der Art der Entwicklung des Prozeßverhältnisses ab, so insbesondere, soweit die Kostentragung ein Strafmittel des Gerichts ist (β). Wie sie im Prozeßverhältnisse ihren Grund hat, also eine prozeßrechtliche (publizistische) Verpflichtung ist,[37])

---

[34]) Sind solche nicht entstanden, so hat der § 96 keine Bedeutung.

[35]) Man kann dem nicht entgegenhalten, daß beim Mangel eines Verschuldens die Überwälzung der hier fraglichen besonderen Kosten des § 96 unterbleibt. Fehlt die Strafe, weil das vom Gesetz geforderte Verschulden fehlt, so bleibt die Handlung trotzdem pflichtwidrig. Straflosigkeit bedeutet noch nicht Rechtmäßigkeit.

[36]) Daneben kommt noch in Betracht, daß die Zeit des Gerichts nicht durch vergebliche Beweisaufnahmen unnötig vergeudet werden soll. Durch energische Anwendung des § 96 sollten die Gerichte erzieherisch wirken.

Partei (§ 286) oder bei der Frage, wem der richterliche Eid aufzuerlegen ist (§ 475), zu berücksichtigen hat.

b) Von besonderer Beweiskraft für die Existenz der Wahrheitspflicht sind die Grundsätze über die Prozeßkosten.[30])

α) Nach der ZPO. § 91 sind sie im allgemeinen von der unterliegenden Partei zu tragen ohne Rücksicht darauf, ob ihr ein Verschulden zur Last fällt. Insofern sie hiernach den abgewiesenen Kläger oder den Beklagten treffen, der der Klage erfolglos Widerspruch entgegengesetzt hat,[31]) sind sie ein Nachteil, der sich an eine falsche Rechtsberühmung oder wahrheitswidrige Bestreitung anschließt und deshalb eintritt, weil das Gesetz das ungerechtfertigte Prozessieren objektiv als eine Rechtswidrigkeit ansieht.[32])

Hierin liegt der fundamentale Unterschied der hier behandelten Nachteile von denen, die in der Präklusion einer Handlungsmöglichkeit bestehen (s. o. § 69 S. 32 f.). Daß die objektive Rechtswidrigkeit hier genügt und daß nicht auch noch ein Verschulden der Partei, welche die Kosten durch ihr ungerechtfertigtes Prozessieren verursacht hat, gefordert wird,[33]) rechtfertigt sich daraus, daß eine von beiden Parteien die Kosten tragen muß: es würde jedenfalls ungerecht sein, den Sieger mit den Kosten der Rechtsverfolgung (das ist auch die begründete Verteidigung!) zu belasten.

β) Ganz rein tritt uns der Rechtsgedanke, daß das Aufstellen unwahrer Behauptungen nicht nur kein Recht, sondern ein Unrecht ist, in der Vorschrift des § 96 entgegen. Siegt eine Partei, so können ihr trotzdem diejenigen besonderen Kosten[34]) auferlegt werden, welche durch ein er-

[30]) Die Verurteilung in die Prozeßkosten erzeugt 1. die Verpflichtung gegenüber dem Staat zur Zahlung der Gerichtsgebühren, 2. gegenüber dem Gegner die Verpflichtung zum Ersatz der Unkosten, die ihm durch die Führung des Prozesses entstanden sind (§ 91 II). Als Erstattungspflicht erscheint die Kostenverpflichtung deshalb, weil jede Partei die durch ihre Prozeßführung entstehenden Unkosten (Gerichtskostenvorschuß, Anwaltshonorar usw.) zunächst selbst zu bestreiten hat. Aber auch nach dieser Seite hin ist der Grund der Verpflichtung kein privatrechtlicher, wie dies besonders scharf in denjenigen Fällen hervortritt, in denen die Erstattungspflicht als reine Folge des Gebrauchs der richterlichen Strafgewalt erscheint (vgl. u. β und § 72). Ganz zweifellos ist die Verpflichtung eine rein publizistische, soweit sie gegenüber dem Staate besteht. Die Natur der Verpflichtung, die durch die Verurteilung in die Prozeßkosten einheitlich erzeugt wird, muß aber eine einheitliche sein. Weitere Schädigungen, die durch die ungerechtfertigte Prozeßführung und die in ihr enthaltene falsche Rechtsberühmung oder Bestreitung entstanden sind (z. B. Untergrabung des Kredits, Abschreckung von Käufern), beurteilen sich in ihren Folgen nach bürgerlichem Recht (BGB. § 826). Weiter geht die Haftung wegen ungerechtfertigter Vollstreckung (z. B. ZPO. § 717) und im Falle des § 945 (Arrest).

[31]) Sie treffen den Beklagten auch dann, wenn er nicht widersprochen hat, können aber von ihm nach §§ 93,4 abgewendet werden, wenn er zur Klagerhebung keine Veranlassung gegeben hatte. Hat er sie zu tragen, obwohl er nicht widersprochen hat, so liegt der entscheidende Grund darin, daß er es überhaupt zur Klage hat kommen lassen. Beide Gründe sind für die Erklärung der Kostenpflicht heranzuziehen.

[32]) Mit der Möglichkeit, daß eine Rechtsbehauptung wahr ist, obwohl sie nicht erwiesen werden kann, kann das Gesetz nicht rechnen, hier ebensowenig, wie bei der Frage, ob das rechtskräftige Urteil bindend ist. Das Gesetz rechnet mit dem, was prozeßordnungsgemäß als der festzustellende Rechtszustand erscheint.

[33]) Auch das BGB. macht von dem Verschuldungsprinzip Ausnahmen, vgl. §§ 829, 833, 835.

folglos gebliebenes Angriffs- oder Verteidigungsmitte entstanden sind. Auch die Partei, die im Rechte ist, soll nicht den Versuch machen, mit unbegründeten Rechtsbehelfen zum Siege zu gelangen.

Beispiele: 1. Der Beklagte leugnet zunächst den Empfang des Darlehens, veranlaßt hierdurch eine Zeugenvernehmung und legt dann, nachdem die Hingabe an ihn bewiesen ist, eine Quittung über die Rückzahlung vor, infolge deren die Klage abgewiesen wird. 2. Eine Räumungsklage ist darauf gestützt, daß der Beklagte Mißbrauch bei der Benutzung der Wohnung getrieben habe. Nachdem diese Behauptung sich durch die Beweisaufnahme als unwahr herausgestellt hat, stützt sich der Kläger darauf, daß er die Wohnung rechtzeitig zu dem fraglichen Termin gekündigt habe. Dies ist wahr und führt zu der Verurteilung des Beklagten. Im ersten Fall ist die Rechtsbehauptung des Klägers, daß ihm das Darlehen geschuldet werde, im zweiten Fall die Bestreitung (des Räumungsrechts) durch den Beklagten unwahr. Deshalb tragen sie als die Unterliegenden die Prozeßkosten (§ 91). Aber im ersten Fall hat der Beklagte, im zweiten Fall der Kläger die Wahrheitspflicht bezüglich einer einzelnen Tatsache (Darlehensauszahlung, Mißbrauch) verletzt, und sie unterliegen deshalb dem in § 96 bestimmten Nachteil.

Über die Frage, ob hier die Verletzung der Wahrheitspflicht den Nachteil nach sich ziehen soll, entscheidet das Gericht von Amts wegen und nach freiem Ermessen. Man ist darüber einverstanden, daß es hierbei darauf zu sehen hat, ob die Partei die Unbegründetheit ihres erfolglos gebliebenen Rechtsbehelfs kannte oder doch kennen mußte. Die Verursachung der besonderen Kosten genügt hier also nicht, sondern es bleibt bei dem Prinzip, daß Verschuldung erforderlich ist. Hierdurch tritt der Charakter des Nachteils als einer Strafe deutlich hervor. Sie ist eine Prozeßstrafe, Strafe für Verletzung einer prozessualen Verpflichtung: der Wahrheitspflicht.[35]) Diese besteht natürlich auch im Interesse des Gegners, aber sie ist eine Pflicht gegenüber dem Gerichte, an das ja die Erklärungen der Parteien gerichtet werden. Seine Aufgabe, das Recht zu wahren, darf nicht durch Aufstellung unwahrer Behauptungen erschwert werden; es soll nicht in die Gefahr gebracht werden, einen unrichtigen Spruch zu fällen und dadurch dem Rechte Abbruch zu tun.[36])

γ) Die Prozeßkostenpflicht entspringt der Prozeßführung; die Frage, wen sie trifft und welchen Inhalt sie hat, hängt von der Art der Entwicklung des Prozeßverhältnisses ab, so insbesondere, soweit die Kostentragung ein Strafmittel des Gerichts ist (β). Wie sie im Prozeßverhältnisse ihren Grund hat, also eine prozeßrechtliche (publizistische) Verpflichtung ist,[37])

---

[34]) Sind solche nicht entstanden, so hat der § 96 keine Bedeutung.

[35]) Man kann dem nicht entgegenhalten, daß beim Mangel eines Verschuldens die Überwälzung der hier fraglichen besonderen Kosten des § 96 unterbleibt. Fehlt die Strafe, weil das vom Gesetz geforderte Verschulden fehlt, so bleibt die Handlung trotzdem pflichtwidrig. Straflosigkeit bedeutet noch nicht Rechtmäßigkeit.

[36]) Daneben kommt noch in Betracht, daß die Zeit des Gerichts nicht durch vergebliche Beweisaufnahmen unnötig vergeudet werden soll. Durch energische Anwendung des § 96 sollten die Gerichte erzieherisch wirken.

so kann sie auch nur im Prozesse und nur von dem Gerichte, vor dem dieser sich abgespielt hat, festgesetzt werden.

c) Meistens geht mit der Verletzung der Wahrheitspflicht die Prozeßverschleppung Hand in Hand. Dann greifen die im folgenden Paragraphen darzustellenden Bestimmungen Platz, namentlich auch der § 48 GKG. mit seiner bedeutungsvollen Prozeßstrafe.[38])

§ 72.

4. Das Verbot der Prozeßverschleppung. Anordnungen des Gerichts.

I. Die Vermeidung unnötiger Prozeßverzögerung liegt im Interesse der Parteien. Ist der Kläger klagberechtigt, so wird er geschädigt oder doch mindestens gefährdet, weil die Länge des Prozesses die Durchsetzung seiner Rechtsverfolgung (des Klagrechts in unserem Sinne) verzögert;[1]) ist der Beklagte rechtsschutzberechtigt, weil er mit einer unbegründeten Klage behelligt ist, so hat er ein Interesse daran, daß dies durch Klagabweisung möglichst rasch festgestellt werde; beide Parteien haben das Interesse, daß die über ihren Verhältnissen schwebende, ihre Bewegungsfreiheit hemmende Unsicherheit nicht länger dauere, als es zur Gewährung des rechtlichen Gehörs notwendig ist.

Aber ebenso stark wie das Interesse der Parteien ist das öffentliche. Denn der Rechtsschutzberechtigte ist Glied der Gesamtheit, und sein Interesse an der Erlangung raschen und sicheren Rechtsschutzes geht deshalb in dem Interesse auf, das die Gesamtheit an einem raschen Rechtsgange hat. Dazu aber kommt auch ein speziell staatliches Interesse, das durch die Prozeßverschleppung auf das Schwerste verletzt wird. Die Prozeßverschleppung führt zugleich zu einer Vergeudung der richterlichen Arbeitskräfte und zu einer Herabsetzung des Ansehens der Justiz.[2])

Demnach haben die Parteien, wenn sie im Prozesse tätig werden, ihre Tätigkeit nach den Geboten des Prozeßgesetzes oder nach den auf Grund des Gesetzes von dem Gericht erlassenen Anordnungen einzurichten. Sie haben diese Pflicht gegenüber dem Gerichte (genauer: dem Staate), sie

---

[37]) Im Gegensatz zu der Verpflichtung, den durch ungerechtfertigte Prozeßführung entstandenen Schaden zu ersetzen (Note 21, 30).

[38]) Vgl. u. § 72 II, 1.

[1]) Daher auch die vielfachen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über die Steigerung der Haftung des Beklagten (z. B. BGB. §§ 989 f., 291 I, 2, 818 IV). Diese Vorschriften setzen immer einen Kläger voraus, der mit seiner Klage durchdringt.

[2]) Darüber braucht angesichts der Misere, die gegenwärtig herrscht, kein weiteres Wort verloren zu werden. Eine ihrer betrübendsten Folgen ist der Ruf nach Sondergerichten, noch betrübender die Tatsache, daß man nicht die Kraft hatte, den ordentlichen Prozeß so zu reformieren, daß er den Anforderungen des Rechtslebens allgemein entsprochen hätte.

ist eine publizistische, weil sie eine prozeßrechtliche ist. Verletzung dieser Pflicht ist Ungehorsam gegenüber dem Staate.

II. Die Existenz dieser Verpflichtung und ihr eben betonter Charakter wird bewiesen durch die Nachteile, die das Gesetz auf ihre Verletzung setzt. Sie tragen den Charakter der Prozeßstrafe. Am deutlichsten tritt das hervor

1. im Falle des § 48 GKG. Wird die Erledigung des Prozesses durch nachträgliches Vorbringen von Angriffs- oder Verteidigungsmitteln verzögert, so kann die Verzögerung, wenn sie verschuldet ist, von Amts wegen mit einer besonderen Prozeßstrafe belegt werden.[2a])

Außerdem wird die Partei, welche obsiegt,[3]) in die besonderen Prozeßkosten verurteilt, die durch ihre Versäumnis entstanden sind.[4]) Regelmäßig ist auch hier ein Verschulden erforderlich.[5])

2. Eine zweite Klasse von Vorschriften sucht die Erfüllung der Pflicht, den Prozeß ohne schuldhafte Verzögerung zur Erledigung zu bringen, dadurch zu sichern, daß sie dem Gericht die Befugnis gibt, Rechtsbehelfe zurückzuweisen, die den Prozeß verschleppen und in dieser Absicht oder doch aus grober Fahrlässigkeit nachträglich vorgebracht wurden.[6]) Die Zurückweisung wirkt teils definitiv,[7]) teils hat sie wenigstens anderweite Nachteile zur Folge, namentlich den Nachteil, daß die Nachholung des Versäumten zur Verurteilung in die Kosten führt, wenn der Säumige jetzt siegt.[8]) Die Zurückweisung geschieht nach Reichsrecht[9]) nur auf Antrag des Gegners. Hieraus folgt keineswegs, daß die Pflicht des rechtzeitigen Vorbringens eine Pflicht gegen-

---

[2a]) Die Verhängung dieser Strafe ist in das Ermessen der Gerichte gestellt, die von diesem Mittel, die Prozeßverzögerung hintanzuhalten, viel zu zaghaft Gebrauch machen. — Liegt das Verschulden in der Person des Prozeßvertreters, so hindert dies die Anwendung des § 48 cit. nicht. (A. M. Görres ZZP. 34 105.) Wird es festgestellt, so greift § 102 ZPO. Platz.

[3]) Unterliegt die säumige Partei, so trifft sie die Prozeßkostenpflicht schon so wie so. Die zuerst erwähnte besondere Prozeßstrafe kann auch den Unterliegenden treffen.

[4]) So a) unbedingt im Falle des § 95 (Termins- und Fristversäumnis, Verursachung der Terminsverlegung oder Fristverlängerung [Hauptfall: Vorbringen von Rechtsbehelfen, ohne daß vorher der Gegner und das Gericht so vorbereitet wurden, wie es das Gesetz §§ 132 f. verlangt]), ferner im Falle § 344 (der Sieger hat zuerst ein Versäumnisurteil gegen sich ergehen lassen) und im Falle § 238 III (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand); b) nach Ermessen des Gerichts im Falle § 278 II und § 97 II (Nachschleppen von Rechtsbehelfen).

[5]) Ausnahme im Falle § 344 (Versäumnisurteil) und § 238 III (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand).

[6]) §§ 279, 540 (Nachschleppen von Verteidigungsmitteln), §§ 374, 433 nachträglich benannte Beweismittel des Klägers oder des Beklagten).

[7]) So, wenn Beweismittel (§§ 374, 433) in zweiter Instanz zurückgewiesen werden. Der Zweck ist nur Verhütung der Prozeßverschleppung, nicht etwa die Herbeiführung einer unrichtigen Entscheidung; aber das Gesetz nimmt die Möglichkeit einer solchen in den Kauf, um das erste Ziel sicher zu erreichen.

[8]) So, wenn er in zweiter Instanz (auch im Nachverfahren des § 541) siegt, gemäß §§ 97 II, 278 II.

[9]) Viel energischer ist mit Recht die Österr. ZPO., nach der die Zurückweisung auch von Amts wegen zulässig ist (§§ 179, 181, 275, 278).

über dem Gegner und nicht gegenüber dem Gericht sei,[10]) sondern nur, daß das Gesetz von der Auffassung ausgeht, daß ohne Antrag des Gegners die definitive Erledigung des Streitstoffs nicht aufgeschoben und die Gefahr einer unrichtigen Entscheidung nicht herbeigeführt werden soll.[11])

3. Die Pflicht, durch positive Handlungen die Möglichkeit der Entscheidung zu befördern, legt das Gesetz der Partei in gewissen Fällen auf. Auch sie haben alle zur Voraussetzung, daß der Prozeß zum wirklichen Streitverfahren geworden ist[12]) und das Gericht aus Anlaß des Streites eine Anordnung erlassen hat. Welche Parteipflichten hierher gehören, ist später darzulegen. Beispielsweise wird erwähnt, daß die Partei, die die Echtheit einer Urkunde bestritten hat, auf Anordnung des Gerichts Urkunden vorzulegen hat, die zur Schriftvergleichung geeignet sind.[13]) Ferner gehört hierher die Urkundeneditionspflicht,[14]) die Pflicht, auf Befragen des Gerichts zu antworten (§ 139), und die Pflicht der durch einen Vertreter streitenden Partei, gemäß der Anordnung des Gerichts „zur Aufklärung des Sachverhältnisses“ persönlich zu erscheinen (§§ 141, 619).

Die Verletzung solcher Pflichten ist auch hier Ungehorsam gegen das Gericht, Mißachtung der Befehle, die es gemäß gesetzlicher Erlaubnis zum Zwecke der dem Staat obliegenden Erfüllung des Prozeßzwecks erlassen hat. Von diesem Gesichtspunkte aus sind die einschlägigen Fälle zu betrachten, und zwar auch da, wo das Gesetz den Ungehorsam nicht mit einem besonders geregelten Nachteil bedroht hat.[15])

---

[10]) Das Gegenteil folgt aus den Prozeßstrafen (1).

[11]) Man kann sich Fälle denken, in denen der Kläger wünscht, daß sogleich eine erschöpfende Kognition erfolge. Aber solche Möglichkeit hätte nicht dazu führen sollen, durch Anforderung des Antrags die ganze Vorschrift für den Anwaltsprozeß wertlos zu machen

[12]) Im Falle totaler Passivität können die Voraussetzungen der fraglichen Vorschriften nicht vorliegen.

[13]) § 441 III, 1, 2. Folge des Ungehorsams: die streitige Urkunde wird als echt behandelt (§ 441 III, 3).

[14]) Diese prozessuale Pflicht ist teils die Folge einer zivilrechtlichen Verpflichtung (§ 422), teils entspringt sie direkt aus der Entwicklung des Prozeßverhältnisses (§ 423, vgl. auch § 142). Auch hier kann von einer prozessualen Pflichtwidrigkeit erst die Rede sein, wenn das Gericht die Vorlegung angeordnet hat (§§ 425, 427). — Die prozessuale Folge der Nichtvorlage ist die in §§ 427, 444 geregelte Ungehorsamsstrafe. Daneben stehen die Folgen, welche die Nichtvorlage zivilrechtlich dann hat, wenn eine zivile Verpflichtung verletzt wurde.

[15]) Ist das persönliche Erscheinen angeordnet (§ 141), so kann es im Verfahren vor den Gewerbegerichten nach § 42 GewGerGes. (welches überhaupt einen energischeren Geist atmet, als die ZPO.) und vor den Kaufmannsgerichten durch Ordnungsstrafen erzwungen werden, im ordentlichen Verfahren dagegen in der Regel nicht, wohl aber im Eheprozeß gemäß § 619 (Zwang, wie gegen einen ungehorsamen Zeugen). Aber daraus, daß im ordentlichen Verfahren der Anordnung in der Regel die „zwingende Kraft“ in diesem Sinne fehlt, folgt noch keineswegs, daß es keine Erscheinens- und Antwortspflicht gibt (a. M. Wach, Vorträge S. 74, 6). Der Prozeß vor dem Gewerbegericht beruht nicht auf einer anderen Grundauffassung, sondern zeichnet sich dadurch aus, daß er bessere Mittel an die Hand gibt, um sie zur Geltung zu bringen.

II. Kapitel.

Die Prozeßsubjekte.

---

1. Abschnitt.

Das Gericht und die gerichtlichen Hilfsbehörden.*)

§ 73.

Einleitung.

I. Die „Gerichte“ sind die Behörden, denen die Ausübung der Gerichtsbarkeit zusteht. Verschiedene Arten von Zivilgerichten gibt es

1. mit Rücksicht darauf, daß zwischen der inländischen Gerichtsbarkeit einerseits und zwischen der Konsulargerichtsbarkeit und der in den deutschen Schutzgebieten auszuübenden Gerichtsbarkeit anderseits zu unterscheiden ist und bei der inländischen wiederum zwischen derjenigen, die durch die ordentlichen und durch die besonderen Gerichte auszuüben ist. Die folgende Darstellung befaßt sich nur mit den ordentlichen Gerichten. Die Verfassung der reichsgesetzlich zugelassenen besonderen Gerichte untersteht durchaus dem Landesrecht, außer soweit es sich um die Gewerbegerichte und die Kaufmannsgerichte handelt.[1])

2. Bei den ordentlichen Gerichten gibt es verschiedene Arten

a) mit Rücksicht darauf, daß das Gesetz die Möglichkeit eröffnet, die Entscheidung des einen Gerichts durch ein anderes nachprüfen zu lassen. Demnach sind die erstinstanzlichen und die ihnen übergeordneten Gerichte zu unterscheiden.

b) Es gibt für das durch Klage einzuleitende Entscheidungsverfahren zwei Arten von erstinstanzlichen Gerichten: die Amtsgerichte und die Landgerichte, erstere für die geringwertigeren Sachen und für solche, die in der Regel einer besonders schleunigen Erledigung bedürfen, letztere für die übrigen Prozesse.

---

*) Die Grundsätze über Begriff, Träger und Begrenzung der Gerichtsbarkeit wurden bereits in Bd. 1 §§ 8—21 dargestellt. Hier handelt es sich um die Lehre von der Gerichtsverfassung, soweit diese die zur Ausübung der Gerichtsbarkeit berufenen einzelnen Organe des Staats (die Behörden) betrifft. Vgl. hierüber die Lehrbücher des Staatsrechts (Laband, Staatsr. des D. Reichs (4) 3 398 f., Hänel, Staatsr. 1 711 f., G. Meyer §§ 170 f.); Wach, Handb. I §§ 24—45, Planck I §§ 5 f., 28 f., Hellmann §§ 11—40, Fitting §§ 6 f., Schmidt §§ 34 f., Weismann I §§ 13 f., Kleinfeller §§ 16—22; die Kommentare zum GVG. (Struckmann-Koch im 2. Band des Komm. zur ZPO.). Für Preußen: Turnau, Die Justizverfassung in Preußen 1882, Müller, Preuß. Justizverwaltung (5) 1901.

[1]) Vgl. o. Bd. 1 § 11, I, III.

Demnach sind die Amtsgerichte immer erste Instanz; die Landgerichte haben eine Doppelstellung; sie sind teils erste Instanz, teils Rechtsmittelinstanz über dem Amtsgericht.

Die übrigen höherinstanzlichen Gerichte sind die Oberlandesgerichte und das Reichsgericht (in Leipzig), an dessen Stelle in beschränktem Maße ein Oberstes Landesgericht tritt, wenn der Bundesstaat von der Erlaubnis, ein solches einzurichten, Gebrauch gemacht hat.[2])

II. Diese Arten von ordentlichen Gerichten müssen für jeden Bundesstaat vorhanden sein. Das Reich selbst hat nur das Reichsgericht eingerichtet; es ist Organ der Reichsstaatsgewalt, und sein Gerichtsbezirk ist das ganze Reich. — Die Einsetzung der übrigen Gerichte, die Bestimmung der ihnen zugewiesenen Gerichtsbezirke und die Ernennung der zu ihnen gehörigen Beamten ist Recht und Pflicht der Einzelstaaten.[3])

III. Jedes Gericht hat eine Gerichtsschreiberei[4]) und das nötige Personal an Unterbeamten. Auch die dem Gericht zur Ausbildung überwiesenen Personen gehören zu den nicht richterlichen Beamten des Gerichts. Verschieden ist die Stellung der Gerichtsvollzieher.[5])

Mit den Gerichten können außerdem noch andere Behörden organisatorisch verbunden sein, so die Gerichtskassen[6]) und die Gerichtsgefängnisse.

IV. Bei jedem Gerichte besteht als eine selbständige Behörde die Staatsanwaltschaft (GVG. § 142). Ihre Tätigkeit liegt vorzugsweise auf dem Gebiete des Strafprozesses. Hier ist nur zu erwähnen, daß die Staatsanwaltschaft im Zivilprozesse als die den Staat vertretende Behörde tätig wird, und zwar

1. als Partei, so bei der Ehenichtigkeitsklage (§ 632), im Entmündigungsverfahren (§§ 646, 664, 666, 676/7, 679), im Aufgebotsverfahren zwecks Todeserklärung (§ 974);

2. zur Wahrung des öffentlichen Interesses in einem zwischen anderen Parteien anhängigen Prozesse, so im Eheprozesse nach §§ 607, 634, im Kindschaftsprozesse (§ 640), im Entmündigungsverfahren (§ 652). Hier ist sie nicht Partei, sondern steht neben den Parteien mit selbständigem Prozeßführungsrecht über das zwischen den Parteien abzuurteilende Rechtsverhältnis.[7])

---

[2]) Was bis jetzt nur in Bayern geschehen ist, vgl. o. Bd. 1 § 11 Note 3—6.

[3]) Vgl. o. Bd. 1 § 13 (Note 7 über Staatsverträge zwecks Übertragung oder gemeinsamer Ausübung der Gerichtsbarkeit).

[4]) GVG. § 154. — Vgl. GewGG. § 25, Kaufm. GG. § 15.

[5]) Vgl. unten §§ 81—84.

[6]) In Preußen besteht bei jedem Oberlandesgericht eine „Justizhauptkasse“ und bei jedem Amtsgericht eine „Gerichtskasse“, die zugleich die Kassengeschäfte bei dem zugehörigen und an demselben Ort befindlichen Landgericht versieht.

[7]) Sollen die großen Rechtsgebiete, aus denen streitige Rechtsfragen nur vor die unteren Gerichte (namentlich die Gewerbe- und Kaufmannsgerichte) gelangen, der rechtsbildenden Einwirkung der Judikatur unseres Reichsgerichts nicht dauernd entbehren und soll verhütet werden, daß sich in den Prozessen, in denen die Revision nicht statthaft ist, eine partikularistische Rechtsprechung entwickelt, so muß

Hiernach gehört die Betrachtung ihrer Tätigkeit nicht in die Lehre vom Gericht.

V. Die Rechtsanwaltschaft ist eine für den Zivilprozeß bedeutungsvolle, ja in den wichtigsten Fällen unentbehrliche Institution. Sie wird anhangsweise dargestellt (unten §§ 86, 87).

I. Die Einrichtung der gerichtlichen Behörden der streitigen Zivilgerichtsbarkeit.

1. Die Gerichte.

§ 74.

a) Arten der Gerichte.[1])

I. Das Gesetz verwendet den Ausdruck „Gericht" in verschiedenem Sinne.

Einerseits bezeichnet es damit die bestimmte Behördenart im ganzen, so z. B. wenn GVG. § 58 sagt: „Die Landgerichte werden mit einem Präsidenten und der erforderlichen Anzahl von Direktoren und Mitgliedern besetzt." Hier ist die ganze Gerichtsanstalt gemeint. Als solche Anstalt — als „Plenum" der sämtlichen zu ihr gehörigen Richter — wird sie weder in der streitigen noch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit tätig.[2])

Vielmehr versteht das Gesetz, wenn es von dem Amtsgericht, Landgericht usw. als von der im Prozesse tätig werdenden Behörde spricht, unter dem Gericht stets eine Abteilung des Gerichts, die als Spruchbehörde mit einem oder mit mehreren seiner Mitglieder besetzt ist und in Zivil- und Strafprozessen eine verschiedene Zusammensetzung hat.[3]) Diese

---

nach französischem Muster die Einrichtung getroffen werden, daß die Staatsanwaltschaft zwecks Wahrung dieses wichtigen öffentlichen Interesses ein außerordentliches Rechtsmittel wegen Gesetzesverletzung ergreifen kann. Ein sparsamer Gebrauch wird sich durch geeignete Maßregeln sichern lassen und das Reichsgericht vor Überlastung schützen. Schon die Möglichkeit der Richtigkeitsbeschwerde wird heilsam wirken.

[1]) Eine Skizze der historischen Entwicklung und Angaben über die Literatur gibt Planck I § 28.

[2]) Eine Abweichung gilt nur bezüglich des Plenums des Reichsgerichts, vgl. GVG. § 137 und unten § 91. Wenn GVG. § 61 das Plenum des Landgerichts erwähnt und dem Präsidenten den Vorsitz in ihm gibt (vgl. § 65 II), so kann diese Bestimmung praktische Bedeutung nur in Angelegenheiten der Justizverwaltung erhalten (z. B. RAO. § 12).

[3]) Besonders deutlich ist GVG. § 70, wo im Abs. 2 von der Zuständigkeit des Landgerichts gesprochen wird und aus Abs. 1 hervorgeht, daß unter dem Landgericht seine Zivilkammern gemeint sind, ferner § 22, wo in Abs. 2 („Ist das Amtsgericht mit mehreren Richtern besetzt, so . . .") von der Gerichtsanstalt die Rede ist, während der Abs. 1 („Den Amtsgerichten stehen Einzelrichter vor") das Amtsgericht als Spruchbehörde meint.

Abteilung stellt das im Prozesse tätige Amtsgericht, Landgericht usw.[4]) dar. Eine Komplikation entsteht dadurch, daß bei demselben Gericht eine ganze Reihe von solchen gleichartigen Abteilungen vorhanden sein kann. Dann sind dies nicht verschiedene Gerichte, sondern jede dieser Behörden stellt dasselbe Gericht dar, so daß dieses gewissermaßen als vervielfältigt erscheint. Die Normen über die Zuständigkeit meinen das Gericht als Einheit.[5]) Die Frage, welche Abteilung des Gerichts in dem konkreten Falle tätig zu werden hat, ist nicht eine Frage der (örtlichen) Zuständigkeit, sondern der gehörigen Besetzung des Gerichts.[6]) Werden neue Abteilungen bei diesem gebildet oder wird eine bisher bestehende eingezogen, so bedeutet dies nicht eine Änderung des Gerichts.[6a])

II. Die Gerichtsbehörden sind die Organe,[7]) durch die der Staat auf dem Gebiete der Rechtsprechung tätig wird. Sie sind ihrerseits nicht wieder juristische Personen (mit besonderer Rechtsfähigkeit), aber trotzdem wird die Gerichtsbehörde[8]) auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts als selbständige Rechtspersönlichkeit behandelt.[9]) Das Gericht ist eine dauernde staatsrechtliche Institution zur Ausübung der Gerichtsgewalt, nicht etwa ist ihr Inhaber die Richterperson, die zur Zeit, sei es allein oder in Vereinigung mit anderen, die Behörde bildet.[10]) Diese Personen können wechseln; trotzdem bleibt das Gericht als Behörde dasselbe. Diese existiert auch dann noch, wenn ihre sämtlichen Mitglieder weggefallen oder an der Ausübung der

---

[4]) Es ist nicht etwa so, als wenn an sich das Plenum berufen wäre und nun, weil dieses zu groß wäre, ein engerer Ausschuß aus ihm gebildet würde, so daß die Kammer etwa in ähnlicher Weise das Organ des Landgerichts wäre, wie der Vorsitzende das Organ der Kammer sein kann. Vgl. u. § 77.

[5]) Deshalb kann ein Antrag, der vor die unrichtige Abteilung gebracht ist, nicht wegen Unzuständigkeit abgewiesen werden (RG. bei Gruchot 33 450). Die Rechtssache wird vielmehr durch Beschluß an die richtige Abteilung abgegeben. Etwas Besonderes gilt nur bei der detachierten Handelskammer, vgl. u. Note 37. — Mit Recht bemerkt Laband 3 404, daß der Begriff des Landgerichts usw. keineswegs nur für die Justizverwaltung Bedeutung hat.

[6]) Vgl. näher unten § 75, V.

[6a]) Aus § 263 I Nr. 3 kann also nicht abgeleitet werden, daß die Abteilung des Gerichts, die nach der bisherigen Geschäftsverteilung mit der Angelegenheit befaßt war, diese behalten müsse, wenn die Geschäftsverteilung geändert wird. Ebenso bezieht sich jene Vorschrift nicht auf den Fall von Änderungen in den Gerichten durch Zusammenlegung oder Teilung der Gerichtsbezirke.

[7]) Von Organen spricht die neuere Rechtswissenschaft (auch das BGB. §§ 32, 45 II) da, wo es sich um solche Vertreter handelt, durch die sich die juristische Person verfassungsmäßig betätigt. Für solche Vertretung gelten auch privatrechtlich (vgl. namentlich § 31 BGB.) andere Grundsätze als für die Stellvertreter, die kraft Vollmacht oder als gesetzliche Vertreter auf dem Gebiete des Individualrechts im Namen eines anderen tätig werden.

[8]) Das konkrete Amtsgericht, das Landgericht (für den Zivilprozeß genauer: die Zivilkammer des Landgerichts).

[9]) Vgl. o. § 69 bei Note 4, wo die Literatur zitiert ist. Vgl. dazu auch Kleinfeller, Funktionen des Vorsitzenden (1885) und Lehrb. § 16, III, Weismann I § 14a, III.

[10]) Die Richterpflicht, deren Verletzung nach BGB. § 839 haftbar machen kann, ist die Pflicht des einzelnen Richters, seinerseits dafür zu sorgen, daß die Handlung durch die Gerichtsbehörde ordnungsmäßig vorgenommen wird. Vgl. u. § 92 [12].

Gerichtsbarkeit verhindert sind. Subjekt des Prozeßverhältnisses ist das angegangene Gericht, nicht der Richter oder die Summe der Richter, die gerade das Gericht bilden.[11]

Weil die Gerichtsbehörde als publizistische Rechtspersönlichkeit erscheint, ist es hinwiederum zulässig, von ihren Organen zu sprechen. Wie aber die juristische Person *mehrere* Organe haben kann, von denen allen sie innerhalb der ihnen verfassungsmäßig zugewiesenen Geschäftskreise *unmittelbar* vertreten wird,[12] so finden wir die analoge Erscheinung bei dem Kollegialgericht: sein Hauptorgan ist das Kollegium, in dem Vorsitzenden und beauftragten Richter aber besitzt es Unter- und Nebenorgane mit beschränktem Geschäftskreis.[13] Auch der Gerichtsschreiber und der Gerichtsvollzieher sind in gewissen Funktionen als Unterorgane des Gerichts zu bezeichnen.[14]

Einen ganz anderen Sinn, als er den eben gebrauchten Begriffen der Vertretung (durch Organe) zukommt, hat die „Vertretung" eines *Richters* durch einen *anderen*, von der das Gesetz öfters spricht.[15] Hierbei ist der *privatrechtliche* Gesichtspunkt der Stellvertretung ganz fern zu halten.[16] Der „Vertreter" handelt nicht *im Namen* des Verhinderten, er übt nicht *dessen* Befugnisse aus,[17] sondern er bildet einfach statt des Verhinderten mit den anderen Richtern das Kollegium, er repräsentiert statt seiner das Amtsgericht und übt die Befugnisse aus, die dem *Gerichte* als dem Organ der Staatsgewalt zustehen. Daß er als Vertreter bezeichnet wird, weist nur darauf hin, daß er jene Stellung nur *vorübergehend* einnimmt und zu Gunsten des Verhinderten ausscheidet, wenn dieser wieder mitwirken kann. Vertreter im Sinne des GVG. ist also nichts anderes, als ein *außer*ordentlicher Repräsentant derjenigen Behörde, die im einzelnen Falle tätig zu werden hat.[18]

Der Vertreter tritt nicht etwa kraft des Willens des nicht mitwirkenden Richters ein,[19] sondern lediglich aus dem gesetzlichen Grunde der Ver-

---

[11] Vgl. o. § 69, I 1a. Anders ist die römische Auffassung, nach der der vom Magistrat bestellte iudex Subjekt des Prozeßverhältnisses war und die mutatio iudicis eine ganz andere Bedeutung hatte als heute. Vgl. Koschaker, Translatio iudicii 306 f.

[12] Vgl. z. B. BGB. § 45 II („Beschluß der Mitgliederversammlung oder eines *anderen* Vereins*organs*"), § 32 I („Vorstand oder *anderes* Vereinsorgan"), § 31 („Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein *anderer verfassungsmäßig* berufener Vertreter").

[13] Die Ausdrücke Haupt-, Unter- und Nebenorgane entnehme ich Gierke, Genossenschaftstheorie S. 687 f.; vgl. auch Gierke, D. Priv. R. 1 S. 510, 1. — Über das Kollegium s. u. § 76, über den Vorsitzenden s. u. § 77.

[14] Vgl. u. § 82, § 84, II.

[15] So z. B. GVG. § 62 („regelmäßiger Vertreter"), § 65 II, § 69 I.

[16] Hier ebenso, wie da, wo das Gesetz von „Auftrag" spricht.

[17] Dies ergibt sich zweifellos schon daraus, daß eine „Vertretung" auch dann stattfindet, wenn der „Vertretene" durch Tod, Versetzung oder sonstige Gründe aus dem Gerichte ausgeschieden ist.

[18] In diesem Sinne gibt es auch Vertreter des behinderten Gerichtsschreibers und des Gerichtsvollziehers (vgl. u. § 83[12]).

hinderung. Diese kann auf Rechtsgründen beruhen (Ausschließung oder Ablehnung,[20]) Amtssuspension,[21]) Beurlaubung vom Dienst), oder sie kann eine tatsächliche sein (Krankheit, anderweite Dienstgeschäfte).

III. Die Organisation der einzelnen Gerichte.

1. Das Amtsgericht wird im Zivilprozeß stets als eine mit Einzelrichtern besetzte Behörde tätig (GVG. § 22 I).

a) Ist das Amtsgericht mit mehreren Richtern besetzt, so werden die Geschäfte unter die einzelnen Richter verteilt, und es entstehen so Abteilungen des Amtsgerichts, denen ein bestimmter Richter vorsteht. Über die Art, wie, und über die Behörde, durch welche diese Geschäftsverteilung zu bewirken ist, enthält das Reichsrecht keine Bestimmungen. Diese Lücke im Gerichtsverfassungsrecht ist von den Einzelstaaten in verschiedener Weise ausgefüllt. In Preußen erfolgt die Verteilung im voraus für ein Geschäftsjahr (Kalenderjahr) durch das Präsidium des Landgerichts, und zwar entweder nach örtlich abgegrenzten Bezirken oder nach Gattungen der Geschäfte oder nach Gattungen und Bezirken.[22]) In Bayern wird die Geschäftsverteilung regelmäßig durch den die Dienstaufsicht führenden Amtsrichter bewirkt.[23]) Das Landesrecht regelt auch die Vertretungsfrage; nach beiden oben genannten Rechten vertreten sich mehrere Richter desselben Amtsgerichts gegenseitig; die Vertretung des Amtsrichters durch Richter benachbarter Amtsgerichte regelt die Justizverwaltung.[24])

b) Sind bei dem Amtsgericht verschiedene Abteilungen gebildet, von denen die eine die streitige Gerichtsbarkeit ausübt, die andere die freiwillige (insbesondere als Grundbuchamt), so stehen diese beiden Abteilungen sich insofern als selbständige Gerichte gegenüber, als die eine Abteilung an die andere Ersuchen stellen kann.[25])

c) Bezüglich des Richterpersonals steht es in Abweichung von der in GVG. § 2 aufgestellten Regel dem Landesrecht frei, nicht nur ständig (d. h. auf Lebenszeit) angestellte Richter zu verwenden, sondern auch andere Personen (jedoch keine Staatsanwälte: GVG. § 152) mit der *zeitweiligen* Wahrnehmung richterlicher Geschäfte zu betrauen.[26])

---

[19]) Der nicht verhinderte Richter kann nicht etwa einen anderen an seine Stelle treten lassen, auch nicht mit Zustimmung des Vorsitzenden.

[20]) Vgl. ZPO. §§ 41 f., s. u. §§ 79, 80. [21]) Vgl. GVG. § 8, s. u. § 85.

[22]) Preuß. AG. zum GVG. § 23. Dieser Paragraph bestimmt auch, daß die Gültigkeit einer Handlung eines Amtsrichters dadurch nicht berührt wird, daß sie nach der Geschäftsverteilung von einem der anderen Amtsrichter vorzunehmen war. Anders ist es bei den Kollegialgerichten, bezüglich deren das Reichsrecht Vorschriften gegeben hat, vgl. u. § 75 V.

[23]) Bayr. AG. zum GVG. Art. 17.

[24]) Pr. AG. § 24, Bayr. AG. Art. 19, 20. Kann das an sich zuständige Gericht deshalb nicht tätig werden, weil der (einzige) Amtsrichter *rechtlich* verhindert ist (s. u. § 79), so ist der in § 36 Nr. 1 ZPO. bezeichnete Weg einzuschlagen.

[25]) So z. B. gemäß ZVG. § 130 (der Vollstreckungsrichter ersucht die andere Abteilung als Grundbuchamt um Eintragung des Erstehers). Hier ist auch Beschwerde gemäß GVG. § 160 II denkbar.

d) Bei den Amtsgerichten sieht das Reichsrecht keinen Präsidenten des Gerichts vor. Das GVG. § 22 bestimmt nur, daß bei den Amtsgerichten, die mit mehreren Richtern besetzt sind, einem von ihnen die allgemeine Dienstaufsicht übertragen wird. Das ist Justizverwaltung, bezüglich deren das Landesrecht freie Hand hat.[27]

2. Alle übrigen Gerichte haben eine kollegiale Verfassung.

An der Spitze der Gerichtsanstalt steht ein Präsident. Er führt als solcher den Vorsitz im Plenum,[28] im Kollegium der Direktoren (der Kammern des Landgerichts) und der Senatspräsidenten[29] und im Präsidium.[30] Der Präsident hat als solcher keine besonderen Funktionen in der streitigen Gerichtsbarkeit,[31] sondern ist nur Organ der Justizverwaltung;[32] er wird in dieser Beziehung durch den dienstältesten Direktor bzw. Senatspräsidenten vertreten.

Als Prozeßgerichte erscheinen die Kollegialgerichte stets als ein Kollegium von einer gesetzlich festbestimmten Zahl, die um so größer ist, je höher das Gericht ist. Bei Entscheidungen dürfen Richter nur in der gesetzlich bestimmten Anzahl mitwirken. Zur Verhandlung kann der Vorsitzende der Abteilung noch einen oder mehrere Ergänzungsrichter hinzuziehen. Wird dann ein Mitglied im Laufe der Verhandlung verhindert, an der weiteren Verhandlung und an der Entscheidung teilzunehmen, so tritt an Stelle desselben der Ergänzungsrichter in das Kollegium ein[33] und kann dann, da er an der Verhandlung teilgenommen hat, auf Grund derselben die Ent-

[26]) GVG. § 10. Außer Bayern, das nur ständig angestellte Richter kennt (AG. zum GVG. Art. 16, 33, 40), haben die meisten Bundesstaaten von der Erlaubnis Gebrauch gemacht. So Preußen in AG. zum GVG. §§ 3/5, Sachsen in AG. § 20, Württemberg in Art. 18 bezüglich der Gerichtsassessoren. — In Preußen können auch Referendare, welche seit mindestens 2 Jahren im Vorbereitungsdienst beschäftigt sind, mit der zeitweiligen Wahrnehmung richterlicher Geschäfte (mit Ausnahme der Urteilsfällung [zulässig Zahlungsbefehle, RG. 29 S. 224] und Verhaftung) beauftragt werden, generell durch Anordnung des Justizministers, speziell (für einzelne Geschäfte) durch den Amtsrichter, AG. zum GVG. § 2. — Kleinfeller § 17, III bringt die Verwendung von nicht ständigen Richtern unter den unzutreffenden Gesichtspunkt der Delegation.

[27]) In Preußen hat dieser Richter die Dienstaufsicht regelmäßig nur über die nicht richterlichen Beamten des Amtsgerichts; nur beim Amtsgericht I — seit 1./6. 1906 Berlin-Mitte — in Berlin (wo er den Titel „Amtsgerichtspräsident" führt) hat er sie (an Stelle des Landgerichtspräsidenten) auch über die Richter. Preuß. AG. zum GVG. § 79, Ges. v. 10./4. 1892. — In anderen Bundesstaaten führt dieser Richter verschiedene Titel (Oberamtsrichter, Amtsgerichtsdirektor, Landgerichtspräsident). Vgl. DJZ. 1904 S. 50.

[28]) GVG. § 61 mit §§ 121, 133. Das Plenum kommt für die streitige Gerichtsbarkeit nur beim Reichsgericht in den Fällen des § 137 GVG. in Betracht.

[29]) GVG. § 61² mit §§ 121, 133, vgl. u. § 75 II, 1.

[30]) GVG. § 63 mit §§ 121, 133, vgl. u. § 75 III, 1.

[31]) Ausnahmen nur im Falle der Note 28.

[32]) Nach Reichsrecht, soweit es sich um die Besetzung der Abteilungen handelt (vgl. u. § 75, II), im übrigen nach Landesrecht.

[33]) GVG. § 194 (in Zivilprozessen von geringer praktischer Bedeutung). Der Ergänzungsrichter muß aus der Zahl der überschüssigen Mitglieder der Abteilung oder aus den Vertretern ihrer Mitglieder genommen werden.

scheidung mit beschließen.[34]) Seine Zuziehung bleibt ohne Bedeutung, wenn kein Richter fortfällt.

Das Prozeßgericht ist

a) als Landgericht ein Kollegium von drei Richtern,[35]) welches den Namen „Kammer" führt.

α) Regelmäßig ist es eine „Zivilkammer" (GVG. § 59). Sie besteht aus dem Präsidenten des Landgerichts oder aus einem „Landgerichtsdirektor" als dem Vorsitzenden und aus zwei Richtern als Beisitzern.

β) „Kammern für Handelssachen". Diese sind nur zugelassen, nicht notwendig.[36]) Ihre Einrichtung hängt von dem Ermessen der Landesjustizverwaltung ab und kann geschehen entweder für den ganzen Bezirk des Landgerichts oder nur für örtlich abgegrenzte Teile desselben. Sie haben entweder denselben Sitz wie das Landgericht oder einen anderen (aber stets innerhalb des Landgerichtsbezirks). Im letzteren Fall spricht man von auswärtiger oder detachierter Handelskammer.[37]) Vorsitzender ist ein Mitglied des Landgerichts; bei detachierten Handelskammern darf es auch ein Amtsrichter sein. Beisitzer sind zwei Laien als „Handelsrichter".[38])

Die Handelskammern sind keine besonderen Gerichte,[39]) sondern Abteilungen des einheitlichen Landgerichts neben dessen Zivilkammern. Als Geschäfte sind ihnen zugewiesen gewisse Handelssachen, die, wenn keine HK. da wäre, vor die Zivilkammer (als erste Instanz) gehören würden. Sie werden vor der Handelskammer nur dann verhandelt, wenn eine der Parteien es rechtzeitig beantragt hat.[40]) — Beim Amtsgericht und in den höheren Instanzen gibt es diese Einrichtung, bei der die Laien nach Art der Schöffengerichte mitwirken, nicht. Soweit gegen die Entscheidungen der Kaufmannsgerichte Rechtsmittel an das Landgericht gehen, entscheidet eine Zivilkammer des Landgerichts.[41])

γ) Ausnahmsweise kann das Landgericht in der Besetzung mit einem Einzelrichter entscheiden, nämlich 1. mit dem Vorsitzenden (der Zivil- oder Handelskammer) in den Eilfällen des § 944 ZPO.,[42]) 2. mit dem Vor-

---

[34]) ZPO. § 309.

[35]) GVG. § 77. Die Möglichkeit einer geringeren Zahl ergibt sich im Falle des § 320 $^{IV, 2}$ ZPO. (Verfahren zwecks Berichtigung des Tatbestandes).

[36]) In Preußen bestehen sie an 39 Orten.

[37]) GVG. § 100. Mehrere Handelskammern, die mit örtlich abgegrenztem Gerichtsbezirk an verschiedenen Orten desselben Landgerichtsbezirks ihren Sitz haben, gelten untereinander hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit (z. B. ZPO. § 12) als selbständige Gerichte, RG. 23 Nr. 90 S. 383.

[38]) GVG. §§ 109, 110. Über die Handelsrichter vgl. u. § 78.

[39]) Wie sich solche als Standesgerichte in manchen deutschen Städten erhalten hatten und nach französischem Vorbild an manchen Orten errichtet waren (Handelsgerichte), jetzt aber als „Kaufmannsgerichte" durch RGes. vom 6. Juli 1904 eingerichtet sind. Über die Geschichte der Handelsgerichte handelt Silberschmidt, Die Entstehung des D. Handelsgerichts, 1904.

[40]) Vgl. näher unten § 96.

[41]) Kaufm. GG. § 16 ^{I} mit GewGG. § 55.

sitzenden der Handelskammer in den Fällen des § 109 III GVG. (Streitigkeiten zwischen Schiffsmannschaft und Rheder oder Schiffer). Ob die Entscheidung durch das Kollegium oder durch den Vorsitzenden erfolgt, hängt im zweiten Fall vom Belieben des Vorsitzenden, im ersten Fall davon ab, ob er einen dringenden Fall als vorliegend erachtet. Übernimmt er die Entscheidung, so fungiert er nicht als Vorsitzender (als Organ des Kollegiums), sondern als ein zweites, allerdings nur in Ausnahmsfällen berufenes Organ des Landgerichts.[43])

b) Die Oberlandesgerichte[44]) sind die zweite Instanz über den Landgerichten ihres Bezirks. In Zivilsachen entscheiden sie als „Zivilsenate" in der Besetzung von 5 Mitgliedern (einschließlich des Vorsitzenden), GVG. § 124.

c) Das Reichsgericht bildet die einheitliche Spitze der deutschen Justizorganisation. Seine „Zivilsenate" entscheiden in der Besetzung von 7 Mitgliedern (GVG. §§ 132, 140). Unter Umständen werden auch die „Vereinigten Zivilsenate" oder das Plenum tätig, jedoch nur zur Entscheidung der abstrakten Rechtsfrage.[45])

3. Zur Erledigung der Feriensachen können bei den Landgerichten Ferienkammern, bei den Oberlandesgerichten und beim Reichsgericht Feriensenate eingerichtet werden (GVG. § 203). Auf sie gehen die Feriensachen, die bereits anhängig waren, über; nach Beendigung der Ferien fallen die Sachen, die bei ihnen noch anhängig sind, der nach dem Geschäftsplan berufenen Abteilung zu.

§ 75.

b) Die Zusammensetzung der Kollegien und die Bestimmung ihres Geschäftskreises.

I. Die Zusammensetzung der einzelnen Kammern bzw. der Senate und die Bestimmung ihres Geschäftskreises gehört der Justizverwaltung an. Die Freiheit der Bundesstaaten ist aber bezüglich der Kollegien[1]) durch das Reichsrecht sehr eingeschränkt, nicht nur bezüglich der Frage, nach welchen Grundsätzen jene Geschäfte zu besorgen sind, sondern auch bezüglich der Organe, durch die es geschieht.

---

[42]) Es handelt sich um Arrestgesuche und andere im 5. Abschnitt des 8. Buchs erwähnte Gesuche, soweit sie eine mündliche Verhandlung nicht erfordern (§ 920 mit § 921 I, § 926 I, § 934, § 936 mit § 937 II). — Auch bei den höheren Gerichten gilt in diesen Fällen dasselbe: der Vorsitzende des Senats hat die Befugnis, in dringenden Fällen anstatt des Senats zu entscheiden.

[43]) Vgl. dazu näher unten § 77.

[44]) In Preußen hat jede Provinz ein OLG., Hessen-Nassau jedoch zwei (Frankfurt und Kassel).

[45]) Hierüber vgl. näher u. § 91.

[1]) Anders bezüglich der Amtsgerichte, s. o. § 74, III 1.

II. Die Verteilung des Vorsitzes.

1. Vor Beginn des Geschäftsjahrs bestimmt der Präsident die Abteilung, deren Vorsitz er während des Jahres übernehmen will. Im übrigen wird der Vorsitz in den Abteilungen durch den Präsidenten und die bei dem Gericht ernannten Direktoren bzw. Senatspräsidenten verteilt. Zu diesem Zweck bilden die Genannten ein Kollegium, das nach Stimmenmehrheit entscheidet und von dem „Präsidium“ dadurch verschieden ist, daß ihm keine anderen Mitglieder des Gerichts angehören.[2])

2. Ist der ordentliche Vorsitzende an der Ausübung des ihm hiernach zustehenden Vorsitzes zeitweise verhindert,[3]) so vertritt[4]) ihn in dieser Beziehung das dienstälteste Mitglied der betreffenden Abteilung, nicht etwa der Vorsitzende einer anderen Abteilung.[5])

III. Die Beisitzer.

1. Die anderen ständigen Mitglieder der einzelnen Kammer[6]) sowie die im Falle der Verhinderung eintretenden regelmäßigen Vertreter jedes Beisitzers und die Reihenfolge ihres Eintritts bestimmt im voraus das „Präsidium“ für das ganze Geschäftsjahr. Die getroffene Anordnung kann im Laufe des Geschäftsjahrs nur dann geändert werden, wenn dies wegen eingetretener Überlastung der Abteilung oder infolge Wechsels oder dauernder Verhinderung einzelner Mitglieder des Gerichts erforderlich wird.[7])

Das „Präsidium“ ist ein Kollegium, das sich aus dem Präsidenten des Gerichts und sämtlichen Direktoren bzw. Senatspräsidenten zusammensetzt; dazu treten beim Reichsgericht die vier ältesten Mitglieder, beim Oberlandesgericht die zwei ältesten, beim Landgericht das älteste.[8])

2. Ist der regelmäßige Vertreter eines Mitgliedes verhindert, so bestimmt der Präsident einen „zeitweiligen“ (d. h. außerordentlichen) Vertreter.[9])

3. Die Beisitzer und ihre Vertreter können beim Reichsgericht nur aus

---

[2]) GVG. § 61 mit § 121 (Oberlandesgericht) und § 133 (Reichsgericht).

[3]) Der Begriff der Verhinderung kehrt mehrfach wieder (§§ 62, 66). Im Sinne des Gesetzes liegt sie nicht nur dann vor, wenn die betr. Person krank, abwesend oder zeitweise mit Geschäften überlastet ist, sondern auch dann, wenn sie durch Tod oder Versetzung usw. aus dem Verband des Gerichts ausgeschieden ist und eine Ersetzung noch nicht stattgefunden hat. Bestätigt wird dies durch § 62 II („Wechsel“) und ZPO. § 320 IV.

[4]) Über den Begriff der Vertretung s. o. § 74 II (S. 57).

[5]) GVG. § 65 I mit §§ 121, 133. Anders im Falle des § 65 II GVG., vgl. o. § 74 bei Note 32.

[6]) Zu solchen können auch mehr Mitglieder bestimmt werden, als zur Besetzung der Abteilung erforderlich sind. An welchen Sitzungen die Mitglieder teilnehmen, hat das Präsidium im voraus zu bestimmen (streitig).

[7]) So GVG. § 62 (mit §§ 121, 133), der die Garantie schaffen will, daß das Spruchkollegium nicht ad hoc zusammengesetzt werden kann, sondern sich nach einer im voraus feststehenden Ordnung bildet.

[8]) GVG. § 63. Entscheidend ist das Dienstalter, bei gleichem Dienstalter die Geburt. — Eine Vertretung verhinderter Mitglieder des Präsidiums ist nicht vorgesehen.

[9]) GVG. § 66 mit §§ 121, 133.

der Zahl der ständig bei dem Gericht angestellten Richter (Reichsgerichtsräte) genommen werden,[10]) beim Oberlandesgericht auch aus der Zahl der Amtsrichter und Landrichter,[11]) beim Landgericht, falls die bei ihm angestellten Richter nicht ausreichen, auch aus der Zahl der Gerichtsassessoren,[12]) es sei denn, daß das Landesgesetz das Hilfsrichtertum von Assessoren ausschließt.[13]) Niemals dürfen Staatsanwälte richterliche Geschäfte wahrnehmen (GVG. § 152).

Die Einberufung der Hilfsrichter erfolgt durch die Landesjustizverwaltung, falls das Präsidium es beantragt hat;[14]) falls ständig angestellte Richter (eines anderen Gerichts) einberufen werden sollen, entscheidet das Landesgesetz, wenn solches besteht.[15]) Wird ein Assessor zum Hilfsrichter bestellt, so darf seine Beiordnung, wenn sie auf eine bestimmte Zeit erfolgte, nicht vor Ablauf dieser Zeit und, wenn sie auf unbestimmte Zeit erfolgte, so lange nicht widerrufen werden, als das Bedürfnis fortdauert, durch das sie veranlaßt wurde; auch muß eine etwa zu gebende Entschädigung im voraus für die ganze Dauer der Vertretung festgestellt werden (GVG. § 69 II).

IV. Die Grundsätze, nach denen sich die Geschäfte unter die einzelnen Kammern bzw. Senate verteilen, werden für die Dauer des Geschäftsjahrs durch das Präsidium bestimmt.[16])

V. Nach den unter II—IV erörterten Vorschriften beantwortet sich die Frage, wer im einzelnen Falle der „gesetzliche Richter" (GVG. § 16) ist. Die Normen über die Zuständigkeit ergeben, welche Gerichtsanstalt für die Rechtssache berufen ist; jene Vorschriften bestimmen innerhalb der Gerichtsanstalt das maßgebende Spruchorgan und seine Zusammensetzung.

---

[10]) GVG. § 134. Hilfsrichter sind also absolut ausgeschlossen.

[11]) GVG. § 122.

[12]) GVG. § 69 I, II, der von der herrschenden Meinung (vgl. Struckmann-Koch, Erl. 7 zu § 69) nicht nur auf die Vertretung einer bestimmten Person, sondern auch auf die Beiordnung von Assessoren (als Hilfsrichtern) zu Mitgliedern der Kammer des LG. bezogen wird. Danach wird es als statthaft angesehen, daß Hilfsrichter einer Kammer deshalb beigeordnet werden, weil die Geschäftsüberlastung bei dem Gericht so groß ist, daß die ständig angestellten Richter nicht ausreichen. Wäre der Begriff der „Vertretung" im Sinne des GVG. der der gewöhnlichen Vertretung, so wäre diese Auslegung nicht möglich. Aber er ist ein anderer. Vgl. o. § 74 II (S. 57).

[13]) Diesen Vorbehalt macht GVG. § 69 III. Bayern und Baden lassen bei allen Kollegialgerichten nur ständig angestellte Richter zu, Baden auch ordentliche Hochschullehrer. Preußen (AG. zum GVG. § 5) läßt Assessoren als Hilfsrichter zu, verlangt aber, daß der Assessor zum Hilfsrichter bestellt ist; es genügt also nicht, daß er dem Landgericht „zur unentgeltlichen Beschäftigung überwiesen" ist (AG. § 3).

[14]) GVG. § 69 I.

[15]) Diesen Vorbehalt macht GVG. § 69 III in den Schlußworten. Kraft desselben bestimmt das Preußische AG. zum GVG. § 38, daß der Landgerichtspräsident, ohne daß ein Antrag des Präsidiums nötig wäre, einen Amtsrichter zu einzelnen Sitzungen seines Landgerichts einberufen kann, falls die Vertretung des verhinderten Mitgliedes durch ein Mitglied des Landgerichts nicht möglich ist. Entsprechend § 48 bezüglich des Oberlandesgerichts.

[16]) GVG. §§ 62/3 mit §§ 121, 133. Eine Änderung ist nur aus den in § 62 II bezeichneten Gründen (Überlastung einer Abteilung) zulässig.

Das feierliche Verbot des § 16 GVG.: „Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden" bezieht sich auch auf die erörterten Vorschriften. Sie haben in keiner Beziehung nur „reglementarische" Bedeutung.[17]) Sie sollen die Parteien davor schützen, daß ihnen im einzelnen Falle ein willkürlich gebildetes Kollegium aufgedrängt werde. Ist gegen die Vorschriften verstoßen, so ist das Gericht „nicht vorschriftsmäßig besetzt".[18]) Allerdings wird man in dieser Beziehung anzunehmen haben, daß der vorgekommene Verstoß gemäß § 295 ZPO. geheilt werden kann.[19])

VI. Die unter II—IV dargestellten Grundsätze finden nach GVG. § 67 auf die Handelskammern keine Anwendung. Hier hat das Landesrecht freie Hand. In Preußen wird der Vorsitzende auf die Dauer eines Geschäftsjahrs (gemäß einer Delegation seitens des Justizministers) durch den Präsidenten des Landgerichts bezeichnet. Dieser bestimmt auch die Reihenfolge, in der die Handelsrichter an der Sitzung teilnehmen, und verteilt die Geschäfte unter mehrere Kammern.[20])

VII. Die Besetzung der Ferienkammern und Feriensenate (GVG. § 203) erfolgt nicht durch das Präsidium. Dies folgt daraus, daß die beschränkenden Vorschriften der §§ 61—66 nach Wortlaut und Stellung sich nur auf die ordentlichen Kammern und Senate beziehen.[21]) In Ermangelung besonderer

[17]) A. M. Struckmann-Koch, Erl. 2 zu § 551 („teilweise reglementarisch"; inwiefern?). RG. bei Gruchot 33 450 gibt bei richtiger Entscheidung (vgl. o. § 74 [5]) den nicht zutreffenden Grund an, daß über die Beobachtung der Anordnungen betr. die Geschäftsverteilung „der erkennende Richter nicht zu entscheiden habe". Sehr bedenklich auch die gelegentliche Bemerkung bei RG. 29 S. 229. — Gegenüber der Bemerkung der Motive zu §§ 44—46 ZPO. (die Parteien haben kein Recht auf bestimmte Richter) ist daran zu erinnern, daß der § 63 GVG. erst durch die Reichsjustizkommission eingefügt ist.

[18]) Dies erkennt RG. 37 S. 249 an, wenn ein ungesetzlich bestellter Vorsitzender mitgewirkt hat. Es kann nicht anders bezüglich des Beisitzers sein. Ganz anders ist die Frage, ob ein Fall der „Verhinderung" und des Bedürfnisses der Vertretung tatsächlich mit Recht angenommen ist. Soweit dies eine Ermessensfrage ist, kann auf ihre unrichtige Beantwortung ein Rechtsbehelf (ZPO. §§ 551 Nr. 1, 579 Nr. 1) nicht gestützt werden. Vgl. auch RG. in Strafsachen Bd. 20 S. 385 (Nachprüfung, ob Verhinderung rechtlich zutreffend angenommen ist). Ein Fall, daß der Präsident einen zur Mitwirkung bereiten Richter durch einen anderen ersetzt, wird ja nicht vorkommen. Aber wie, wenn es geschähe? — Hat sich eine andere Abteilung als die nach der Geschäftsverteilung berufene mit der Sache befaßt, so ist zu fragen: Weshalb soll es ein geringerer Verstoß sein, wenn der Partei drei ungesetzliche Richter aufgedrängt sind, als wenn nur einer ungesetzlich ist? (Gegen Gaupp-Stein, Erl. II 1 zu § 551, der sonst die richtige Ansicht verficht.)

[19]) Beachtet man dies und das in Note 18 Gesagte, so ergibt sich, daß die Besorgnis, die „Nichtigkeitsgründe" des § 579 Nr. 1 würden ins ungemessene vermehrt werden, unbegründet ist. Anderseits erwäge man, daß der Partei, der eine falsche Berufungskammer oder in nicht revisiblen Prozessen ein falscher oder falsch besetzter Senat des OLG. aufgedrängt ist, jeder Rechtsbehelf fehlen würde, wenn man unsere Fälle nicht unter den § 579 Nr. 1 und § 577 II. 3 ZPO. zu subsumieren hätte. Die Vergleichung mit der Zuständigkeit (Gaupp-Stein, Erl. II 1 Note 7, 8 zu § 551) ist deshalb unzulässig, weil die Zuständigkeitsgründe offen liegen, hier aber die Parteien sehr leicht erst nachträglich Kenntnis von der gesetzwidrigen Besetzung des Gerichts erhalten.

[20]) AG. zum GVG. § 46, Allg. Verfügung des Justizministers vom 26. Juli 1879.

Vorschriften hat bezüglich der Auswahl der Mitglieder der Ferienabteilungen und der Geschäftsverteilung die Landesjustizverwaltung freie Hand.[22]) Dies entspricht auch allein dem Zweck der ganzen Einrichtung.

§ 76.

c) Die Entscheidungen der Kollegien.

I. Besteht das Spruchorgan aus einem Einzelrichter, so werden die sämtlichen Entscheidungen des „Gerichts" durch den Willen des Richters bestimmt, der dieses darstellt. Bei dem Kollegialgericht aber werden die Entscheidungen, soweit sie nicht von dem Vorsitzenden als dem besonderen Ausführungs- und Beschlußorgan des Kollegiums ausgehen,[1]) von diesem als dem regelmäßigen Organ des Landgerichts usw. gefällt.[2])

Dann wird der Inhalt der Entscheidung im Wege der Abstimmung gefunden; er kann auf einem Mehrheitsbeschluß beruhen (II). Dies ist aber ein Vorgang im Innern der Spruchbehörde. Die so gefundene Entscheidung ist nicht eine Entscheidung der Richter, die für sie gestimmt haben, vielmehr tritt sie nach außen als eine solche der kollegial verfaßten Spruchbehörde hervor. Ihre Wirksamkeit beruht auf dem geeinten Willen der sämtlichen Mitglieder, auch des überstimmten Mitglieds. Sinnfällig kommt dies dadurch zum Ausdrucke, daß das Urteil von allen mitwirkenden Richtern durch Unterschrift vollzogen werden muß.[3]) Die Verkündigung der Entscheidung geschieht durch den Mund des Vorsitzenden. Die Beisitzer müssen dabei zugegen sein. Ihre Anwesenheit bedeutet nicht etwa nur, daß sie Zeugen der Verkündigung wären.

II. Über die Art, wie die kollegialen Beschlüsse zustande kommen, gelten folgende Vorschriften.[4])

1. Beratung und Abstimmung sind geheim.[5]) Außer den zur Ent-

---

[21]) So auch Struckmann-Koch, Erl. 1 zu § 203 GVG., a. M. Wilmowski-Levy, Erl. 1 zu § 203.

[22]) Dementsprechend trifft das Preuß. AG. zum GVG. in den §§ 38 III, 48 III Bestimmungen.

[1]) Vgl. hierüber u. § 77 II, 2.

[2]) Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen Gericht und Kollegium, sondern spricht einfach vom „Gericht" im Gegensatz zum Vorsitzenden. Vgl. Wach I 326. — Kleinfeller § 16 III sieht das Wesen des Kollegialgerichts darin, daß hier die Befugnis der Richter, die Gerichtsbarkeit auszuüben, dadurch beschränkt sei, daß jedes einzelne Mitglied nur im Zusammenhang mit den anderen gültig handeln könne.

[3]) § 315 I, vgl. § 329 III.

[4]) GVG. §§ 194—200. Vgl. Planck I S. 159 f., Hellmann S. 211 f., Schmidt § 40 II, Weismann I § 80, Kleinfeller § 67, Struckmann-Koch 2 zu §§ 194 f. GVG., Gaupp-Stein, Erl. I zu § 309, Pfizer ZZP. 15 365 f., v. Lang ZZP. 26 63 f. (dort vollständige Literaturangaben zu der Frage unter 3b des Textes), Heinemann, Z. f. Strafr. W. 15 1 f.

[5]) Die Pflicht zur Verschwiegenheit, die in § 200 GVG. den Schöffen und Ge-

scheidung berufenen Mitgliedern dürfen nur die bei dem entscheidenden Gerichte zu ihrer juristischen Ausbildung beschäftigten Personen zugegen sein.[6]) In der Regel findet die Beratung und Abstimmung im Beratungszimmer statt, in ganz einfachen Fällen auch im Sitzungszimmer selbst durch leise Umfrage.[7]) Schriftliche Abstimmung (durch Umlauf) ist ausgeschlossen, weil bei ihr eine Beratung nicht möglich ist.

Bei der Entscheidung dürfen nur Richter, und zwar nur in der gesetzlich bestimmten Zahl, mitwirken.[8])

2. Gegenstand der (mündlichen) Beratung ist der gesamte Prozeßstoff einschließlich der Frage nach der Existenz und dem Inhalt der anzuwendenden Rechtsnormen. Ihr Zweck ist die gegenseitige Information über alle in Betracht kommenden Punkte und die Ausgleichung von Meinungsverschiedenheiten. Dazu dient die Darlegung der Gründe, die jeden einzelnen Richter dazu bewegen, zu einer tatsächlichen oder rechtlichen Frage eine bestimmte Stellung einzunehmen.

3. Der Zweck der so vorbereiteten Abstimmung ist die Feststellung der Entscheidung des Kollegiums.

a) Jede gerichtliche Entscheidung ist Anwendung der Rechtsvorschrift auf den Tatbestand durch Ausspruch der konkreten Rechtsfolge, die sich daraus ergibt. Die Entscheidung wird also durch einen logischen Schluß gefunden, bei dem die Rechtsnorm den Obersatz, die tatsächliche Feststellung den Untersatz und die auszusprechende Rechtsfolge den Schlußsatz bildet. Bei jeder Entscheidung sind demnach mindestens die Fragen nach dem Obersatz und dem Untersatz zu beantworten, um auf Grund dessen das Schlußergebnis zu gewinnen. Sehr häufig enthält aber der Prozeßstoff eine ganze Reihe von konkreten Rechtsfragen, von denen die eine immer wieder die **Vor**frage für die andere ist, so z. B. 1. ob das Gericht zuständig oder eine andere in Zweifel gezogene Prozeßvoraussetzung gegeben ist, 2. ob der Kläger das Prozeßführungsrecht hat oder ob eine andere angezweifelte prozessuale Klagvoraussetzung gegeben ist, dann erst 3. ob die Klage in der Hauptsache begründet ist.

Jede einzelne derartige Vorfrage (1, 2) und die Hauptfrage (3) können sich dann wiederum in eine ganze Reihe von **Unter**fragen auflösen, so daß die Frage selbst nur schrittweise nach Erledigung der einzelnen Punkte

---

schworenen auferlegt wird, ergibt sich für die anderen Personen schon aus ihrem Beamtenverhältnis.

[6]) GVG. § 195 (also nicht der Gerichtsschreiber, nicht andere Richter desselben Gerichts, noch weniger Justizaufsichtsbeamte).

[7]) Ergibt diese nicht sofort Einstimmigkeit, so müssen sich die Richter zurückziehen.

[8]) GVG. § 194 I. Ergänzungsrichter stimmen nur dann mit, wenn sie dies nicht mehr sind (wenn sie vor Beginn der Beratung an Stelle eines ausgeschiedenen Richters eingetreten sind). Anderenfalls haben sie mit der Beschlußfassung überhaupt nichts zu tun. — Bei der Beratung dürfen auch die Referendare gehört werden.

zu beantworten ist. So kann z. B. die Hauptfrage, ob der Beklagte zu der Zahlung der eingeklagten Summe zu verurteilen ist, sich auflösen in die Frage, ob die Forderung entstanden ist, ob sie nicht wieder erlosch, ob sie, wenn sie besteht, gerade auf den Kläger (als den Erben, Zessionar) übergegangen ist.

Bei jedem einzelnen Punkte kann dann abermals eine Teilung der Frage in die Tat- und die Rechtsfrage stattfinden, so z. B. der Frage nach der Verjährung in die Frage, ob eine gewisse Tatsache eingetreten ist, und ob sie einen Grund für die Unterbrechung der Verjährung bildet.

Das Gericht muß eine einheitliche Entscheidung fällen und diese einheitlich und so begründen,[9]) daß die Tat- und Rechtsfragen geschieden sind und die Endentscheidung sich auf der Beantwortung der Vor- und Unterfragen aufbaut.[10])

b) Hieraus ergibt sich von selbst die Antwort auf die streitige, in dem deutschen Recht[11]) nicht ausdrücklich geregelte Frage, wie die Abstimmung einzurichten ist.

Man kann zunächst versuchen, zum Gegenstand der Abstimmung sogleich die letzte Entscheidung (das Resultat) zu machen.[12]) Ergibt diese Abstimmung eine Entscheidung, die den unter a) a. E. bezeichneten Anforderungen genügt,[13]) so ist die Abstimmung beendigt. Sonst aber muß

---

[9]) ZPO. §§ 313 I Nr. 4, 286 I, 2, 315, vgl. § 551 Nr. 7. Urteile des Reichsgerichts, in denen es Berufungsurteile vernichtet, weil sie den Anforderungen des Textes nicht genügen: 8 S. 262, 4 S. 212, 6 S. 170, 196. Ob das Urteil revisibel ist oder nicht, ist für unsere Frage gleichgültig. — Bei Beschlüssen brauchen Gründe nicht angegeben zu werden. Vorhanden müssen sie auch bei ihnen sein.

[10]) Die Entscheidungsgründe des Urteils dürfen sich nicht widersprechen, beim Urteil des Kollegiums ebensowenig wie beim Urteil des Einzelrichters. Es ist also ausgeschlossen, daß die Begründung des Urteils die verschiedenen einander ausschließenden Gründe der einzelnen Richter anführt (a. M. Planck I S. 161 nach Note 63). Im Weg der Abstimmung müssen die Stimmen vereinigt werden. Wenn nötig, muß die genauere Feststellung der (einheitlichen) Begründung noch bei der schriftlichen Abfassung des vollständigen Urteils nachgeholt werden, wobei allerdings der Inhalt der Entscheidung nicht geändert werden kann (ZPO. § 315). Eine solche nachträgliche Feststellung der Gründe durch das Kollegium ist ebenso sinnwidrig, als wenn der Amtsrichter erst nachträglich die Begründung seiner Entscheidung suchen würde. Wird richtig verfahren, so darf nur die Formulierung der Gründe der schriftlichen Abfassung überlassen werden.

[11]) Die Österr. Jurisdiktionsnorm §§ 11, 12 schreibt vor: Ergeben sich Schwierigkeiten, so sind zunächst die Fragen zu teilen in die Vorfragen (§ 11; s. o.) und die Hauptfrage; werden sie auch so nicht überwunden, so ist jede Frage in die einzelnen für die Entscheidung (= Abstimmung) erheblichen Punkte aufzulösen. Das stimmt mit der Darlegung des Textes überein. Anders Horten, Komm. zu §§ 11, 12 JN., Pollak, System 1 § 36 IV a.

[12]) Die Meinung, daß dies stets geschehen müsse, wird für den Zivilprozeß nur noch ganz vereinzelt vertreten, z. B. von Bolgiano, Arch. f. zivil. Pr. 78 145 f. Sie widerlegt sich dadurch, daß bei ihr eine Entscheidung häufig unmöglich würde, so z. B. wenn der Richter A für Prozeßabweisung, B für Abweisung wegen Mangels des Prozeßführungsrechts, C für Abweisung zur Hauptsache (als unbegründet) wäre oder wenn A einen Kommissionsvertrag, B einen Werkvertrag, C einen Dienstvertrag annehmen würde. Literatur s. o. Note 4.

sie auf die einzelnen Teile des Streitstoffs[14]) gerichtet werden. Wie weit man in dieser Teilung der Fragen zu gehen hat, ergibt in der Regel schon die Beratung. Die Auflösung der zu entscheidenden Endfrage in die Vorfragen und Hauptfragen, in die einzelnen Unterfragen, in die Tatfrage und Rechtsfrage[15]) muß soweit gehen, daß schließlich eine einheitliche Entscheidung herauskommt. Die einzelne Frage muß nötigenfalls so gestellt werden, daß die Abstimmung nur einen streitigen Punkt betrifft. Die Frage darf nicht zweideutig sein[16]) und muß mit ja oder nein beantwortet werden können.[17]) Die Reihenfolge der Fragen ist aus ihrem logischen Verhältnis zu entnehmen; die weitergehende ist vor der engeren zu stellen.

c) Die Erzielung einer einheitlichen Endentscheidung wird durch die Vorschrift garantiert, daß kein Richter sich der Abstimmung enthalten darf. Wie das Gericht (im ganzen) nicht mit einem non liquet antworten kann, so muß der einzelne über die gestellte Frage mit ja oder nein abstimmen. Dabei darf er die Abstimmung über eine weitere Frage nicht deshalb verweigern, weil er bei der vorhergegangenen überstimmt wurde;[18]) er muß sich auf den Standpunkt stellen, der durch die Mehrheit festgelegt ist.[19]) Ist z. B. gegen seine Stimme entschieden, daß der Beklagte auf Schadensersatz haftet, so ist er hieran gebunden; er muß über den Betrag des Schadens mit abstimmen und darf diesen nicht deshalb verneinen, weil, wenn er ihn bejaht, der Beklagte verurteilt werden wird.

Die Entscheidungen erfolgen nach der absoluten Mehrheit der Stimmen.[20]) Ist aber eine Summe festzustellen[21]) und bilden sich mehr

---

[13]) So z. B., wenn alle Richter der vom Berichterstatter vorgeschlagenen Entscheidung nebst ihrer Begründung zustimmen.

[14]) Man fragt gewöhnlich, ob nach dem Resultat oder nach den Gründen (Elementen) abgestimmt werden müsse.

[15]) Daß die abstrakte Rechtsfrage Gegenstand der Abstimmung sein kann, ergibt sich schon aus der Zulässigkeit der Plenarentscheidung über sie (GVG. § 137, u. § 91). Im Falle des § 565 II ist die Rechtsfrage für das Oberlandesgericht bindend entschieden.

[16]) Bei der Frage nach der Abweisung darf nicht offen bleiben, ob die Abweisung wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung oder einer prozessualen Klagvoraussetzung oder wegen Unbegründetheit (zur Hauptsache) erfolgt.

[17]) Anders nur, wenn über die Höhe einer Summe abgestimmt wird.

[18]) GVG. § 197. Verweigert ein Richter hartnäckig die Abstimmung, so macht er eine Entscheidung unmöglich.

[19]) Im übrigen ist er bei den folgenden Abstimmungen frei. Ist z. B. beschlossen, weitere Zeugen nicht zu vernehmen, weil die Majorität annahm, daß die erhobenen Beweismittel zur Aufklärung der Sachlage genügend seien, so kann der überstimmte Richter bei der später erst erfolgenden Abstimmung über die Frage, ob der Beweis erbracht sei, mit nein stimmen.

[20]) GVG. § 198 I. Eine qualifizierte Majorität fordert nur die StPO. (§ 262). — Stimmengleichheit kann sich im Zivilprozeß nur im Falle des § 320 IV ZPO. ergeben; hier hat der Vorsitzende bzw. der älteste Richter den Stichentscheid. (Im Fall §§ 61, 63 GVG. handelt es sich um Justizverwaltungsgeschäfte.) Bei Plenarentscheidungen des Reichsgerichts (GVG. § 137) wird die ungerade Zahl der Stimmenden dadurch erzielt, daß einem Mitglied das Stimmrecht entzogen wird, GVG. § 139 II.

als zwei Meinungen, von denen keine die Mehrheit für sich hat, so werden die für die größte Summe abgegebenen Stimmen den für die zunächst geringere abgegebenen solange hinzugerechnet, bis sich eine Mehrheit ergibt.[22])

d) Der Vorsitzende leitet die Beratung; er stellt die Fragen und sammelt die Stimmen. Wird sein Vorschlag über den Gegenstand, die Fassung und die Reihenfolge der Fragen beanstandet, so entscheidet das Kollegium.[23]) Ebenso bei Meinungsverschiedenheiten über das Ergebnis der Abstimmung.[24])

e) Der äußere Hergang bei der Abstimmung ist folgender. Die Reihenfolge der Stimmenabgabe richtet sich nach dem Dienstalter, bei den Handelskammern nach dem Lebensalter; der Jüngste stimmt zuerst, der Vorsitzende zuletzt. Wenn ein Berichterstatter ernannt ist, so gibt dieser seine Stimme zuerst ab.[25])

§ 77.

d) Der Vorsitzende und der beauftragte Richter.

I. Die Stellung des Vorsitzenden[1])[2]) hat zwei ganz verschiedene Seiten, je nachdem er als Mitglied des Kollegiums tätig wird oder als Einzelrichter. In der zweiten Art wird er nur ganz ausnahmsweise tätig;[3]) er erscheint dann als ein selbständiges zweites Organ[4]) des Landgerichts, das hier nicht als Kollegialgericht, sondern als ein mit einem Einzelrichter besetztes Gericht funktioniert.[5]) Übernimmt der Vorsitzende der Handelskammer

---

[21]) Z. B. der Betrag der Schadensersatzforderung, des Pflichtteils, der aufgerechneten Forderung, des Zurückbehaltungsanspruchs.

[22]) GVG. § 198 II (nach dem Satz: wer das Größere will, schließt das Geringere ein). Beispiel: wenn A für 9, B für 8, C für 7, D für 6, E für 5 stimmt, so ist 7 beschlossen.

[23]) Anders §§ 10, 13 der Österr. Jurisdiktionsnorm (das Kollegium kann die Fragestellung des Vorsitzenden nicht abändern).

[24]) GVG. § 196.

[25]) GVG. § 199. Die Führung eines Protokolls über die Abstimmung schreibt das deutsche Recht nicht vor. Das Ergebnis wird in dem sofort schriftlich abzufassenden und von allen Mitgliedern zu unterschreibenden Urteil (mindestens der Urteilsformel) oder nach der Verkündigung im Sitzungsprotokoll niedergelegt (ZPO. §§ 311, 315, 160 II Nr. 5, 329).

[1]) Literatur: Kleinfeller, Die Funktionen des Vorsitzenden (1885), dazu H. Meyer ZZP. 9 528 f., Wach I 327 und Vorträge (2) 104 f., Planck I S. 155 f., Schmidt § 41 III, Weismann I §§ 14a, 81 III, Kleinfeller, Lehrb. § 18 II, 2, § 64 V, Kommentare zu ZPO. §§ 136, 140.

[2]) Alle Befugnisse, die das Gesetz dem Vorsitzenden verleiht, stehen bei dem Einzelgericht dem Richter zu, der es bildet.

[3]) Es sind die Fälle des § 944 ZPO. und des § 109 III GVG., vgl. o. § 74[42, 43]. Sie werden durchweg in ihrer Eigenart nicht richtig erkannt und von den Fällen unter II, 2 nicht unterschieden.

[4]) Weil es nur ausnahmsweise tätig wird, kann man es als Nebenorgan bezeichnen.

[5]) Eine analoge Erscheinung ist es, wenn akademische Disziplinarbehörde bald der Senat, bald der Rektor allein ist. Im letzteren Fall ist er weder Organ noch

die Entscheidung von Streitigkeiten der Schiffsmannschaft, so kommt die Handelskammer in gar keine Beziehung zu ihr.

II. In seiner Eigenschaft als Vorsitzender des Kollegiums hat er wiederum verschiedene Stellungen:

1. Nur gleichberechtigtes Mitglied des Kollegiums ist er überall da, wo Entscheidungen durch das Gericht (das Kollegium) zu treffen und durch Abstimmung festzustellen sind. Ein Übergewicht hat seine Stimme in der streitigen Gerichtsbarkeit von Rechts wegen nur in einem einzigen, praktisch fast bedeutungslosen Falle.[6])

2. Eine besondere Stellung innerhalb des Kollegiums[7]) nimmt der Vorsitzende ein, soweit ihm das Gesetz selbständige Befugnisse überträgt. Gewisse Geschäfte könnten ihrer Natur nach entweder gar nicht oder doch nur unter Umständlichkeiten von dem Kollegium vorgenommen werden; andere überträgt das Gesetz einem einzelnen Mitglied, weil hierdurch Arbeitskräfte erspart werden oder weil sie rascher oder besser zu erledigen sind, wenn die Anordnungen durch den Willen eines einzelnen bestimmt werden. Aus diesen Gründen überträgt das Gesetz dem Vorsitzenden

a) die Geschäftsleitung im Inneren des Kollegiums. Er setzt dieses zusammen, soweit dazu wegen Verhinderung eines regelmäßigen Mitglieds oder aus anderen Gründen eine besondere Maßnahme erforderlich ist.[8]) Er ordnet die Sitzungen an und verteilt die Geschäfte unter die Beisitzer (Berichterstattung, Abfassung der Urteilsentwürfe,[9]) Tätigkeit als beauftragter Richter).[10]) Er leitet die Beratung und Abstimmung.[11])

b) Nach außen wird der Vorsitzende als solcher in einer großen Zahl von Fällen tätig, die vom Gesetz kasuistisch geregelt sind. Bald handelt er inmitten des Kollegiums, bald ohne Assistenz der Beisitzer. Doch ist dies ein äußerlicher Unterschied.[11]) Juristisch bedeutungsvoller ist es, ob die Anordnungen des Vorsitzenden beanstandet und durch das Kollegium korrigiert werden können. Doch lassen sich auch nach diesem Gesichtspunkte die Befugnisse nicht gruppieren, da dieser Unterschied auch in den Fällen unter a wiederkehrt. Sonach müssen die von dem Gesetz kasuistisch geregelten Fälle einfach aufgezählt werden. Dem Vorsitzenden steht zu

---

Vertreter des Senats als der Disziplinarbehörde, sondern er allein bildet diese neben dem Senat.

[6]) ZPO. § 320 IV (Tatbestandsberichtigung, wenn die Stimmenden eine gerade Zahl sind). Die §§ 61, 63 GVG. betreffen Justizverwaltungsgeschäfte.

[7]) Daher die übliche Bezeichnung als primus (2) inter pares (1 des Textes), die aber in Beziehung auf die jetzt zu besprechende Stellung (2) juristisch nicht viel sagt.

[8]) Heranziehung der Vertreter (nach Maßgabe der Geschäftsverteilung, s. o. § 75 III) und etwaiger Ergänzungsrichter (GVG. § 198).

[9]) Beschlossen wird das Urteil (auch hinsichtlich der schriftlichen Formulierung des Tatbestandes und der Entscheidungsgründe) durch das Kollegium, ZPO. § 315 I.

[10]) GVG. § 68. [11]) GVG. § 196, s. o. § 76 II.

α) die Verkündung (ZPO. § 136 IV) und Ausführung der von dem Kollegium gefaßten Beschlüsse;[12])

β) die Handhabung der Sitzungspolizei, soweit sie nicht dem Kollegium vorbehalten ist;[13])

γ) die Sachleitung in der mündlichen Verhandlung, soweit sie ihm selbständig übertragen ist,[14]) und die Mitwirkung bei der Protokollierung;[15])

δ) die Zulassung der Klage,[15a]) die Anberaumung von Verhandlungsterminen,[16]) die Bestimmung (ZPO. § 239 III), Verlängerung oder Abkürzung von Fristen (§ 226), der Verzicht auf Vornahme des Sühneversuchs in Ehescheidungsprozessen (§ 611), die Bezeichnung einer Sache als Feriensache (GVG. § 202 III, 2), die Bestellung von Prozeßvertretern,[17]) die Erlaubnis zur Zustellung an Sonn- und Feiertagen (ZPO. § 188);

ε) die Erlaubnis zur Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung in den Fällen der §§ 730, 733 f. ZPO.

3. Hinsichtlich der Anfechtbarkeit der Entscheidungen des Vorsitzenden gilt

a) als Regel, daß eine „Beschwerde“, soweit sie nach Grundlage und Inhalt der Entscheidung überhaupt möglich ist,[18]) nur an das höhere Gericht gerichtet werden kann. Die Verfügungen des Vorsitzenden sind in diesen Beziehungen völlig ebenso wie die Entscheidungen des Gerichts behandelt.[19]) Soweit das mit Berufung oder Revision anzugreifende Urteil auf einer Verfügung des Vorsitzenden beruht, kann die Anfechtung nur darauf gestützt werden, daß sie gesetzwidrig war.[20])

b) Durch das Kollegium können die Verfügungen des Vorsitzenden in der Regel weder im voraus bestimmt noch nachträglich geändert werden.[21]) Jedoch ist die Änderung ausnahmsweise zulässig,

α) wenn ein Beisitzer die Art seiner Fragestellung (in der mündlichen

---

[12]) So erläßt er die Ersuchungsschreiben (ZPO. §§ 362/3, 791), ernennt den „beauftragten“ Richter (ZPO. §§ 349, 361), bezeichnet den beigeordneten Rechtsanwalt (RAO. § 36) und veranlaßt die Vollstreckung der von dem Kollegium verhängten Ordnungsstrafen (GVG. § 181).

[13]) GVG. § 177, verglichen mit §§ 178—180.

[14]) ZPO. §§ 136 I III, 139, 396 III, 397 II.

[15]) ZPO. § 163, GVG. § 187 I, 2. Die wichtige Beurkundung des gesamten Prozeßstoffs, die in dem Tatbestand des Urteils liegt (ZPO. § 313 Nr. 3), geschieht durch das Kollegium.

[15a]) Vgl. o. § 64.

[16]) ZPO. § 216 II. Die Terminsanberaumung kommt sowohl in der Sitzung, als auch außerhalb derselben vor.

[17]) ZPO. §§ 57/8, 668, 679, 686.

[18]) Nach ZPO. § 567 ist erforderlich entweder, daß die Beschwerde besonders zugelassen ist oder daß die Entscheidung nicht auf Grund obligatorischer mündlicher Verhandlung ergangen ist und das Gesuch des Beschwerdeführers zurückgewiesen hat. Hiernach kann in den Fällen, in denen die „Beanstandung“ (Text unter b) möglich ist, eine Beschwerde überhaupt nicht in Frage kommen.

[19]) ZPO. §§ 569, 571, 572, 575. [20]) ZPO. §§ 511, 548.

[21]) Entgegengesetzt ist die Regelung beim beauftragten Richter. Vgl. u. III.

Verhandlung) beanstandet oder wenn Meinungsverschiedenheiten über das Ergebnis der Abstimmung entstehen (GVG. § 196);

β) wenn seine Bestimmung einer Sache als Feriensache von der Partei oder von einem Beisitzer beanstandet wird (GVG. § 202$^{III, 2}$);

γ) generell in Beziehung auf die Anordnungen, die der Vorsitzende in der Gerichtssitzung zwecks sachlicher Leitung der Verhandlung (Gegensatz: Sitzungspolizei) getroffen hat. Jedoch kann die Anordnung nur als unzulässig, d. h. als gesetzlich nicht statthaft, nicht etwa nur wegen Unzweckmäßigkeit beanstandet werden, dies aber nicht nur von den Parteien, sondern auch von einem Beisitzer.[22])

Auch in diesen Ausnahmsfällen entscheidet zwar der Vorsitzende für sich allein und suo nomine, aber hier „vorbehaltlich der Entscheidung des Gerichts",[23]) d. h. unter der Bedingung, daß das Kollegium sie nicht aufhebt.[24]) Solange dies nicht geschehen ist, ist seine Entscheidung maßgebend. Zurückweisung der Beanstandung bewirkt nicht, daß die Entscheidung nun als Gerichtsbeschluß zu gelten hätte, sondern daß sie als Entscheidung des Vorsitzenden bestätigt wird.

Die Beanstandung ist keine Beschwerde im technischen Sinne der ZPO.,[25]) aber der Sache nach nichts anderes als eine Anfechtung, die gegen die vorläufige Entscheidung des Vorsitzenden an das Kollegium gerichtet wird; gerade aus dieser Möglichkeit geht hervor, daß Vorsitzender

---

[22]) ZPO. § 140. Das Gesetz sagt: „von einer bei der Verhandlung beteiligten Person" und nicht, wie in dem Antrag Bähr: „von den vor Gericht handelnden Personen". Bei der Verhandlung sind sowohl die Parteien wie die Richter beteiligt, jene, indem sie Erklärungen abgeben, diese, indem sie sie empfangen. Der Wortlaut und die Gleichheit der Situation mit den Fällen unter α und β sprechen also für die Auslegung, daß auch der Beisitzer beanstanden kann. So auch Planck I § 36[27], Löwe-Hellweg StPO. § 237 Erl. 7, v. Sarwey, Komm. zur ZPO. 1 S. 224, Schmidt § 40 III. Verneinend alle übrigen Kommentare, Kleinfeller, Funktionen 209, v. Bülow bei Gruchot 26 582 f. Die Gegner stützen sich darauf, daß die Redaktionskommission die gegenwärtige Fassung als gleichbedeutend mit den Worten des oben bezeichneten Antrags Bähr eingestellt habe. Aber solche Beweise aus der Entstehungsgeschichte sind gegenüber dem Inhalt des Gesetzes bedeutungslos. Würde die Änderung beschlossen sein, weil die hier vertretene Ansicht zum Ausdruck gebracht werden sollte, so würde schwerlich jemand bezweifeln, daß die jetzige Fassung das sagt, was wir in ihr finden. Seuffert Erl. 3 zu § 136 spricht von der Gefahr einer unerträglichen Auflehnung der Beisitzer. Aber besteht nicht auch die umgekehrte Möglichkeit? Wären die Beisitzer gegenüber Ungesetzlichkeiten des Vorsitzenden zum Stillschweigen gezwungen, so müßten sie es mit ansehen, daß der Vorsitzende als Entscheidung des Gerichts verkündet, was dieses gar nicht beschlossen hat. Das will auch Seuffert nicht. Wenigstens gibt er, wenn der Vorsitzende die Verhandlung entgegen dem § 136^{IV} geschlossen hat, dem Beisitzer das Recht, noch einen Gerichtsbeschluß zu fordern.

[23]) So bezeichnet kurz und treffend GVG. § 202$^{III, 2}$ das Wesen der Sachlage.

[24]) Nicht etwa unter der (aufschiebenden) Bedingung der Genehmigung.

[25]) Das geht namentlich aus den Grundsätzen über ihre Zulässigkeit hervor (vgl. Note 22); ferner entscheidet der Vorsitzende als Mitglied des Kollegiums nochmals mit über die streitige Frage (vgl. ZPO. § 41 Nr. 6); gegen die Entscheidungen des Reichsgerichts gibt es keine Beschwerde, wohl aber gibt es auch hier die „Beanstandung".

und Kollegium verschiedene Organe sind und daß des ersteren Entscheidung keineswegs die des (etwa durch ihn vertretenen) Kollegiums ist.

4. Überblickt man diese Vorschriften, so ergibt sich folgende prinzipielle Auffassung der Stellung des Vorsitzenden: Begriffsmäßig erscheinen die Befugnisse, die dem Vorsitzenden zustehen, als solche des Kollegiums, wie sie denn auch beim Einzelgericht in *einer* Hand vereinigt sind. In diesem Sinne kann man sagen, daß eigentlich das Kollegium handeln müßte und daß die Kompetenzen des Vorsitzenden aus der Zuständigkeit des Kollegiums abgeleitet sind. So erscheint er denn als *Ausführungs- und Unterorgan des Kollegiums*. Daher ist auch nur *ein* Prozeßverhältnis vorhanden, bei dessen Entwicklung bald das Kollegium, bald der Vorsitzende mitwirkt.

Die Zuständigkeit des Vorsitzenden schließt, soweit sie reicht, die des Kollegiums aus. Sie beruht — im Gegensatz zu der des beauftragten Richters — lediglich auf dem *Gesetz* und nicht auf dem *Willen* des Kollegiums.[26] Der Vorsitzende handelt als sein Organ, und seine Anordnungen binden, solange sie nicht in zulässiger und erfolgreicher Weise beanstandet sind, auch das Kollegium und — bei der internen Geschäftsleitung — die einzelnen Beisitzer. Sie binden, weil er *Gerichts*gewalt ausübt, nicht etwa deshalb, weil er Vorgesetzter der Richter wäre.[27] Das ist er ebensowenig wie das Mitglied einer juristischen Person oder der Präsident einer gesetzgebenden Versammlung, der als ihr Vorstand bindende Anordnungen (schlechthin oder bis zu anderweiter Entscheidung der Mitgliederversammlung) treffen kann.

III. Der „*beauftragte Richter*".[28]

1. Er kommt — ebenso wie der Vorsitzende — nur beim Kollegial-

---

[26]) Auch in den Fällen, in denen der Vorsitzende vorbehaltlich der anderweiten Entscheidung des Kollegiums Anordnungen trifft, darf man nicht sagen, daß er als „präsumtiver Bevollmächtigter" handle (so Bähr in der Reichsjustizkommission bei Begründung seines in § 140 ZPO. Gesetz gewordenen Antrags). Damit bringt man den privatrechtlichen Gesichtspunkt der Stellvertretung herein.

[27]) Wie dies Kleinfeller, Funktionen S. 60f. annimmt. Der Vorsitzende als solcher hat keinerlei Dienstaufsicht. — Planck I § 36 [15] will ihn Organ des Kollegiums gerade deshalb nennen, weil er an die vorher erteilte oder nachfolgende Mitwirkung gebunden sei und dies durch die Bezeichnung als Organ zum passenden Ausdruck gelange. Aber letzteres ist nicht richtig, und ersteres trifft nur in *Ausnahmsfällen* (Text unter 3) zu. Wach I 327 sagt, der Vorsitzende „vertrete das Kollegialgericht", wenn er „*allein*" handle; er sei „Repräsentant, Mund, Organ des Kollegiums", wenn er *in ihm* auftrete und für dasselbe spreche und handle, und nur insoweit er Funktionen ausübe, die er auch außerhalb der Sitzung selbständig üben dürfte, könne er als selbständiger Repräsentant des Gerichts aufgefaßt werden. (Vorträge S. 106: hier sei er sozusagen aus dem Kollegium herausgehoben, ihm koordiniert.) M. E. ist die Stellung des V. eine einheitliche in bezug auf alle Fälle mit Ausnahme der o. Note 3 bezeichneten. Kleinfeller, Funktionen S. 38, 303 lehrt, der Vorsitzende sei ein unmittelbares, selbständiges Organ des Staats neben dem Gericht. Das ist richtig in den Fällen der Note 3, im übrigen wird durch diese Auffassung der innige Konnex des Vorsitzenden mit dem Kollegium gelöst.

[28]) Wach I 329f., Planck I § 26, Schmidt § 40 III, Weismann I § 14a IV.

gericht in Betracht und ist ein Mitglied desselben, genauer: der Abteilung von der er „beauftragt“ wird. Die Geschäfte, die ihm übertragen werden können, sind gesetzlich fest umgrenzt;[29]) es sind: a) die Vornahme von Beweisaufnahmen einschließlich der Parteivernehmung in Ehesachen,[30]) b) die Vornahme des Sühneversuchs (§ 296) und c) die Sammlung der Parteierklärungen im sog. vorbereitenden Verfahren (in Rechnungssachen).[31])

2. Daß ein „beauftragter“ Richter tätig werden soll, beschließt das Kollegium; wer es sein soll, bestimmt der Vorsitzende in Ausübung seines Rechts der Geschäftsleitung.[32]) Er ist ein Unterorgan des Kollegiums.[33]) Seine Stellung ist der des Vorsitzenden wesensgleich und von der des ersuchten Richters durchaus verschieden. Denn letzterer (stets ein Amtsgericht) ist ein fremder Richter, dessen Tätigkeit im Wege der Rechtshilfe deshalb in Anspruch genommen wird, weil das ersuchende Gericht (Kollegialgericht oder Amtsgericht) nicht in der Lage ist, in dem Gerichtssprengel des ersuchten Gerichts die Gerichtsgewalt auszuüben. Die Geschäfte aber, die der beauftragte Richter vornehmen soll, sind solche, die das Kollegium, wenn es wollte, selbst vornehmen könnte und die statt seiner (als sein Organ) der Kommissar vornimmt.

Der wesentliche Unterschied vom Vorsitzenden liegt darin, daß der beauftragte Richter seine Legitimation nicht unmittelbar aus dem Gesetz, sondern aus der Ermächtigung des Kollegiums entnimmt. Das Gesetz nennt diese Ermächtigung „Auftrag“, sie hat aber mit dem privatrechtlichen Auftrag nichts als den Namen gemein.[34]) Sie gibt in Verbindung mit der „Bezeichnung“ („Ernennung“) des Vorsitzenden[35]) Recht und Pflicht zur Ausübung der Gerichtsgewalt und wirkt als einseitig erlassener Beschluß, ohne der Annahme bedürftig oder auch nur fähig zu sein und ohne irgendwelche Wirkungen des privatrechtlichen Auftrags zu haben.

3. Der beauftragte Richter hat die Gerichtsgewalt, soweit sie zur Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts[36]) erforderlich ist,[37]) ebenso auch die ganze Disziplinargewalt.[38])

---

[29]) Nur in dieser engen Begrenzung kann nach heutigem Recht von einer Delegation der Gerichtsbarkeit die Rede sein, nicht aber bei dem ersuchten Richter. Anders Planck I § 26[6], Kleinfeller § 17 III.

[30]) ZPO. §§ 355 (372 II, 375, 479), 579 II. [31]) ZPO. § 348.

[32]) Vgl. GVG. § 68 (o. II, 2a), ZPO. §§ 349, 361 II. Im Falle der Verhinderung des Kommissars bezeichnet der Vorsitzende ein anderes Mitglied.

[33]) Vgl. Wach I 329 gegen Kleinfeller, Funktionen S. 95, der ihn als Vertreter des Vorsitzenden auffaßt.

[34]) Hier wie an den vielen Stellen, wo die prozeßrechtlichen Reichs- und Landesgesetze den Ausdruck „Auftrag“ verwenden, vgl. nam. u. § 84 (Gerichtsvollzieher).

[35]) Auch diese ist einseitige Anordnung.

[36]) Der Umfang des Geschäfts ergibt sich aus dem Beschluß. Geht dieser auf Vernehmung von Sachverständigen oder auf Augenscheinseinnahme, so kann ihm auch die Ernennung der Sachverständigen übertragen werden, ZPO. §§ 372 II, 405. Folge hiervon: § 406 IV.

4. Gegen seine Entscheidungen ist

a) die „Beschwerde" nur zugelassen, wenn er eine Ordnungsstrafe gemäß GVG. §§ 179, 180 verhängt hat,[39]) und in kostenrechtlichen Angelegenheiten.[40])

b) Sonst ist die Beschwerde vom Gesetz versagt. Dafür läßt es aber hier[41]) generell zu, daß die Anordnung des beauftragten Richters bei dem Prozeßgericht beanstandet und ihre Änderung nachgesucht wird.[42]) Erst gegen die Entscheidung des Kollegiums ist die „Beschwerde" nach den allgemeinen Regeln möglich, also nur, wenn die Voraussetzungen des § 567 gegeben sind.[43])

IV. Der Vorsitzende wie der beauftragte Richter stimmen darin überein: sie üben zwar Gerichtsgewalt aus, aber diese ist ihnen nur in dem gesetzlich bestimmten Maße übertragen. Überschreiten sie dieses, so überschreiten sie ihr Können, nicht nur ihr Dürfen. Deshalb ist ein Urteil, durch welches etwa der Vorsitzende der Zivilkammer als solcher die angestellte Klage als unbegründet zurückweisen würde, kein Urteil des Landgerichts, das der Rechtskraft fähig wäre.[44])

e) Die richterlichen Personen.

§ 78.

α) Allgemeine Voraussetzungen für die gültige Ausübung des Richteramtes.

I. Die rechtmäßige Ausübung des Richteramtes hat teils allgemeine Voraussetzungen, teils solche, die sich aus der Beziehung des Richters zu dem konkreten Prozeß bestimmen. Von letzteren ist in § 79 zu handeln.

---

[37]) So Ladungen, Bestimmung von Terminen und Fristen (ZPO. §§ 229, 361 II, 171), vgl. ferner §§ 400, 406 IV, 350 II. Ueber die Rechtmäßigkeit der Verweigerung des Zeugnisses oder der Begutachtung entscheidet ausschließlich das Kollegium, §§ 387, 366.

[38]) Nicht nur nach GVG. § 177, sondern auch nach §§ 178—181. So GVG. § 182.

[39]) GVG. § 183 (Beschwerde an das Oberlandesgericht). Anders ist es beim Vorsitzenden (o. II, 3 a), dessen Geschäftskreis viel umfangreicher ist und der in der Regel eine viel selbständigere Stellung hat.

[40]) GKG. § 4, GebO. für Zeugen und Sachv. § 17. Vgl. RG. 17 S. 352.

[41]) Im Gegensatz zu den Entscheidungen des Vorsitzenden, vgl. o. II, 3 b.

[42]) ZPO. § 576 I. Darüber, daß dies keine „Beschwerde" im technischen Sinne ist, vgl. o. II, 3 b nach γ.

[43]) ZPO. § 576 II. Vgl. näher in der Lehre von der Beschwerde. Eine Eigentümlichkeit gilt in den Fällen des § 577 IV (z. B. § 406 IV, V): hier wird die Nachsuchung der Entscheidung des Kollegiums als eventuelle (sofortige) Beschwerde behandelt und unterliegt deren Regeln.

[44]) Ein solcher Fall ist natürlich praktisch kaum denkbar. Aber was in diesem Beispiele gilt, gilt auch in weniger krassen Fällen, so etwa, wenn der beauftragte Richter im Falle des § 348 f. Beweis erheben, etwa einen Eid anordnen oder die Vorlegung von Urkunden aufgeben würde. Daran würden sich keine Rechtsfolgen anknüpfen. — Zum Text vgl. auch u. § 94.

Die Unfähigkeit, die sich aus dem ersten Gesichtspunkte ergibt, nennt man absolut, diejenige, die nur für den konkreten Prozeß besteht, relativ.

Bei den allgemeinen Voraussetzungen ist zu unterscheiden zwischen 1. dem Berufsrichter, 2. den Handelsrichtern, die ein Ehrenamt bekleiden, aber trotzdem während der Dauer ihres Amtes in Beziehung auf dieses alle Rechte und Pflichten richterlicher Beamten haben,[1]) 3. den Beisitzern der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte, die kraft gesetzlicher Verpflichtung der Berufung zur Mitwirkung bei der Rechtsprechung Folge leisten müssen und keine Beamten sind.[2])

Für die ordentliche streitige (inländische) Gerichtsbarkeit kommen nur die beiden ersten Klassen in Betracht.

II. Reichsrechtliche Vorschriften[3]) für die Fähigkeit zum Richteramt.

1. Für Berufsrichter ist erforderlich

a) die Ablegung von zwei Prüfungen. Der ersten muß mindestens ein dreijähriges Rechtsstudium auf einer Universität vorangehen, und von diesem Zeitraum müssen wenigstens drei Halbjahre dem Studium auf einer im Inland liegenden Universität gewidmet werden.[4]) Wer in einem Bundesstaate die erste Prüfung bestanden hat, kann (nicht: muß) in jedem anderen Bundesstaate zur Vorbereitung für den Justizdienst zugelassen werden (GVG. § 3).

Zwischen der ersten und zweiten Prüfung muß ein Zeitraum von mindestens drei Jahren liegen, der im Dienste bei den Gerichten und bei den Rechtsanwälten verwendet werden muß und zum Teil auch bei der Staatsanwaltschaft und (jedoch höchstens ein Jahr) bei den Verwaltungsbehörden verwendet werden kann.[5])

Die zeitweilige Wahrnehmung richterlicher Geschäfte kann nach Landesgesetz auch solchen Personen übertragen werden, welche die Fähigkeit zur dauernden Bekleidung eines Richteramts noch nicht haben.[6])

---

[1]) GVG. § 116. So auch bezüglich der §§ 334/6 StGB. (Bestechung, Rechtsbeugung). Über die hier nicht näher interessierende Frage, ob sie wirklich Beamte sind oder von dem GVG. nur gleich solchen behandelt werden, vgl. Laband, Staatsr. 3 § 91 III S. 457/8, Struckmann-Koch Erl. 1 zu § 116 GVG. Der § 116 GVG. und besonders § 113 (abgeändert durch RGes. v. 20. 3. 05) sprechen eher gegen als für ihre Beamtenqualität.

[2]) GewGG. § 20, KaufmGG. § 15.

[3]) Sie sind erschöpfend nur für die Reichsbeamten (Reichsgericht); bezüglich der übrigen Richter stellt das Reichsrecht nur Minimalerfordernisse auf.

[4]) GVG. § 2 I, II, IV. Diese Vorschriften sind absolut. Alles weitere bestimmt Landesrecht, so z. B. über die Vorbildung zum Rechtsstudium, über seine Art, über etwaige Verlängerung, über die Art der Prüfung. Zusammenstellung aller Vorschriften gibt: Daude und Wolff, Die Ordnung des Rechtsstudiums und der ersten juristischen Prüfung in den deutschen Staaten (1903), für Preußen (mit Berücksichtigung der Verfügung des Justizministers vom 12./7. 04) 2. Aufl. 1905.

[5]) GVG. § 2 III, IV. Alles nähere bestimmt sich wieder nach den bundesstaatlichen Vorschriften. In Preußen werden vier Jahre Vorbereitungsdienst verlangt.

[6]) GVG. § 10, vgl. o. § 74 III, 1.

b) Fähig zum Richteramt ist ferner jeder ordentliche öffentliche Lehrer des Rechts an einer deutschen Universität (GVG. § 4).

ad a) und b) Wer in einem Bundesstaate die Fähigkeit erlangt hat, kann in jedem Bundesstaat als Richter angestellt werden (GVG. § 5).

c) Zum Mitglied des Reichsgerichts kann nur ernannt werden, wer das fünfunddreißigste Lebensjahr vollendet hat (GVG. § 127 II).

2. Zum Handelsrichter kann nur berufen werden ein Deutscher, der als Kaufmann, als Vorstand einer Aktiengesellschaft, als Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder als Vorstand einer sonstigen juristischen Person in das Handelsregister eingetragen ist oder früher eingetragen war oder (an Seeplätzen) zu den Schiffahrtskundigen gehört, das dreißigste Lebensjahr vollendet hat und nicht infolge gerichtlicher Anordnung in der Verfügung über sein Vermögen beschränkt ist.[7])

3. Gemeinsame Voraussetzung für alle Richter ist, daß sie nicht infolge strafgerichtlichen Urteils die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter verloren haben.[8]) Männliches Geschlecht setzt das GVG. als selbstverständlich voraus.[9])

Weitere Voraussetzungen kann das Landesrecht festsetzen, jedoch nicht die Zugehörigkeit zu einem religiösen Bekenntnis.[10])

III. Der zum Richteramt Fähige wird Richter erst durch die Zuweisung eines bestimmten Richteramtes. Ein Recht auf sie besteht nicht.

1. Beim Berufsrichter geschieht sie

a) regelmäßig durch die Ernennung zum ständigen Richter, d. h. auf Lebenszeit.[11]) Sie erfolgt bei einem bestimmten Gericht (als Anstalt, nicht etwa bei einer einzelnen Abteilung desselben), sei es als einfaches Mitglied,[12]) sei es als Präsident oder als Direktor (des Landgerichts) oder als Senatspräsident. Die Ernennung geschieht durch den Träger der Staatsgewalt, beim Reichsgericht durch den Kaiser auf Vorschlag des Bundesrats (GVG. § 127).

Die Ableistung eines Richtereides ist reichsgesetzlich nur bei den Handelsrichtern vorgeschrieben (GVG. § 115), landesgesetzlich aber überall gefordert.

---

[7]) GVG. § 113 (in der Fassung des RGes. v. 20./3. 05), § 114. Früher war noch erforderlich, daß der Handelsrichter im Bezirk der Handelskammer wohnte. Dies ist durch das zit. Gesetz geändert. In Beziehung auf den Wohnsitz bestehen jetzt nur Sollvorschriften (Wohnung oder Handelsniederlassung des Handelsrichters oder der juristischen Person).

[8]) StGB. §§ 31, 33—36, 319, 358.

[9]) Arg. z. B. ZPO. § 41 Nr. 2. Erst das KaufmGG. § 10 I Nr. 1 hat es für notwendig gehalten, Frauen ausdrücklich auszuschließen.

[10]) RGes. betr. die Gleichberechtigung der Konfessionen v. 3./7. 1869.

[11]) GVG. § 6.

[12]) Ihre Amtstitel (Amtsrichter, Amtsgerichtsrat, Oberamtsrichter, Amtsgerichtspräsident usw., Landrichter, Landgerichtsrat, Oberlandesgerichtsrat) bestimmen sich nach Landesrecht.

Präsentationen für Anstellungen bei den Gerichten sind durch GVG. § 15 II, 2 ausgeschlossen.

b) Beim Amtsgericht und Landgericht darf die Landesjustizverwaltung nichtständige Richter verwenden, beim Landgericht aber nur so, daß sie auf bestimmte Zeit oder auf so lange, als das veranlassende Bedürfnis fortdauert, als Hilfsrichter bestellt werden.[13])

2. Die Handelsrichter werden auf die Dauer von drei Jahren ernannt; eine wiederholte Ernennung ist nicht ausgeschlossen. Ihr Amt ist ein Ehrenamt (GVG. §§ 111/2). Zur Übernahme besteht keine Verpflichtung.

IV. Der Ernannte muß noch im Besitze desjenigen Amtes sein, welches er ausüben will. Das Amt kann endgültig verloren gehen, oder es kann eine zeitweise Amtsenthebung (Suspension) eintreten.

1. Für alle Richter tritt — abgesehen von der mit ihrem Willen geschehenden Veränderung des Dienstverhältnisses — der dauernde Verlust des Amtes ein durch die Verurteilung zu Zuchthausstrafe, durch die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte und durch die Aberkennung der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter.[14])

Verliert der Richter die körperliche oder geistige Gesundheit, so verliert er dadurch nicht etwa von selbst das Amt. Das gilt auch von Geisteskrankheit.[15])

2. Im übrigen kann der Verlust des Amtes oder die vorläufige Amtsenthebung nach den in § 85 darzustellenden Vorschriften eintreten.

V. Bedeutung der Erfordernisse (II—IV).

1. Der Besitz des Richteramtes ist absolute Voraussetzung für die Wirksamkeit der Amtsausübung. Eine gerichtliche Handlung liegt selbst dann, wenn die Formen des Prozesses beobachtet sind, überhaupt nicht vor, falls sie von einer Person vorgenommen ist, die ohne Richteramt ist oder doch nicht von der zuständigen Stelle zum Organ desjenigen Gerichts bestellt war, unter dessen Namen sie gehandelt hat, oder die nicht mehr im Besitze des von ihr ausgeübten Amtes ist. Ein von ihr gefälltes „Urteil“ ist deshalb kein Urteil des Gerichts, es ist von selbst null und nichtig,[16]) so daß auch eine Nichtigkeitsklage (ZPO. § 579 Nr. 1) nicht in Frage kommen kann. Dies gilt auch dann, wenn der Vorsitzende oder der beauftragte oder ersuchte Richter als solcher eine Entscheidung gefällt hat, die nur dann wirksam sein könnte, wenn sie vom Gericht gefällt wäre.[17])

---

[13]) GVG. §§ 10, 69, vgl. näher o. § 75 III, 3.

[14]) StGB. §§ 31, 33—36, 358.

[15]) Über die Frage, welche Folge die Geisteskrankheit auf die in ihr gefällten Entscheidungen hat, vgl. u. § 79 II, 1 d und 2 b.

[16]) Hierüber ist man einig, vgl. Motive zu § 579, Gaupp-Stein, Vorbem. I vor § 578, Seuffert, Erl. 1, Struckmann-Koch, Erl. 4 zu § 579, Kohler, Prozeß als Rhs. S. 55, [illegible]tter, Konkursr. Grundbegriffe S. 47, Schmidt S. 573.

[17]) Vgl. o. § 77 IV.

2. Ganz anders ist es, wenn das entscheidende Gericht mit einem Richter besetzt war, dem das von ihm ausgeübte Richteramt übertragen wurde, obgleich ihm die absolute Fähigkeit zum Richteramte fehlte. Hier hat das vom Staate bestellte Organ gehandelt, aber das „Gericht war nicht vorschriftsmäßig besetzt".[18] Deshalb ist die Entscheidung durch Rechtsmittel unbedingt anfechtbar;[19] wenn das Urteil rechtskräftig geworden ist, ist die Nichtigkeitsklage (§ 579 Nr. 1) statthaft,[20] es sei denn, daß gegen die Entscheidung des unfähigen Richters ein Rechtsmittel zulässig war[21] und nicht gebraucht wurde, obwohl der Partei die Unfähigkeit bekannt war.[22] Aber nicht nur zulässig ist die Nichtigkeitsklage, sondern sie ist auch notwendig, um das Urteil zu beseitigen. Sie ist eine Klage auf konstitutives Urteil (auf Vernichtung). Bis zur Vernichtung hat es alle Urteilswirkungen.[23] Seine Vernichtung ist ausgeschlossen, wenn die Fristen des § 586 I abgelaufen sind.

Hat ein Kollegium eine Entscheidung gefällt unter Mitwirkung einer Person, die nicht zum Richter bestellt war oder ihr Amt (endgültig oder vorläufig) verloren hatte, so sind die vorstehenden Grundsätze anzuwenden, nicht aber die unter 1 dargestellten.

3. Auf die Unfähigkeit eines Richters, der bei der Entscheidung mitwirken will, kann jede der bei der Verhandlung beteiligten Parteien aufmerksam machen, und es ist auch von Amts wegen dafür zu sorgen, daß ein solcher Richter beseitigt wird. Ist es nicht rechtzeitig geschehen, so ist das Verfahren, soweit dies möglich ist,[24] zu erneuern.[25] Die besonderen

---

[18] Die vorschriftsmäßige Besetzung (§§ 551 Nr. 1, 579 Nr. 1) bezieht sich nicht nur rein äußerlich auf die Zahl der Mitwirkenden, sondern auf ihre ordnungsmäßige Bestellung (vgl. auch o. § 75 V). A. M. Gaupp-Stein, Vorbem. I vor § 48, der jene Paragraphen nur analog anwenden will.

[19] § 551 Nr. 1. So auch dann, wenn alle anderen Mitglieder eines Kollegiums fähig waren.

[20] A. M. nur Planck I S. 114[12] für die Fälle unter II, 1, 2, ebenso Seydel, Bayr. Staatsr. § 36 [2], [3], Kleinfeller § 19 III, 1. Die Gegner sehen in den Vorschriften des GVG. nur Verwaltungsvorschriften (in Gesetzesform), nicht Rechtsvorschriften. Bei den §§ 2, 4 GVG. widerstreitet dies direkt dem Wortlaut und dem Zweck des Gesetzes. Ebenso steht in § 127 I und § 113 das „kann nicht" entgegen. Die Zweifel über das Erfordernis des Wohnsitzes des Handelsrichters sind jetzt beseitigt (vgl. o. Note 7). Das Gesetz scheidet jetzt zwischen „nicht können" und „nicht sollen". Ebenso übrigens GewGG. § 11.

[21] Das ist z. B. nicht der Fall bei einem landgerichtlichen Berufungsurteil und bei einem Revisionsurteil.

[22] § 579 II. Anders ist die Regelung bei Ausschließungsgründen. Hierüber vgl. u. § 79 Note 17. — § 579 II spricht nur von „Rechtsmitteln". Er ist auch auf den Einspruch zu beziehen.

[23] Vgl. o. Bd. 1 § 62 [6].

[24] Das ist nicht der Fall, wenn bereits ein das Gericht bindendes Urteil (§ 318) gefällt ist oder der § 577 III eine Änderung der gefällten Entscheidung verbietet.

[25] Das ist sehr wohl möglich, wenngleich man, wie wir es tun, die Richtigkeit der richterlichen Entscheidungen leugnet. Kann doch das Gericht seine Entscheidungen auch wegen Unzweckmäßigkeit ändern, soweit ihm nicht besondere Vorschriften (Note 24) entgegenstehen.

Vorschriften, welche die ZPO. in §§ 44—48 für die Ablehnung eines (gültig ernannten) Richters gibt, können nicht entsprechend angewendet werden. Es findet also keine Beschlußfassung über das Parteigesuch nach den besonderen Regeln der §§ 45/6 ZPO. statt, und die Partei hat nicht die Möglichkeit der besonderen Beschwerde, wie sie in § 46 II für die Fälle der Ablehnung gestattet ist.[26]) Es bleibt ihr nur die Anfechtung der von dem unfähigen Richter gefällten Entscheidung (2).

β) Relative Voraussetzungen für die gültige Ausübung des Richteramtes (Ausschließung und Ablehnung des Richters).*)

§ 79.

aa) Ausschließungs- und Ablehnungsgründe und ihre Wirkung.

I. Der ordnungsmäßig bestellte Richter kann im einzelnen Falle (also relativ) unfähig sein, das Richteramt auszuüben. Das Gesetz unterscheidet zwischen solchen Gründen, die den Richter kraft Gesetzes[1]) ausschließen, und solchen, die nur infolge Ablehnung des Richters Bedeutung haben.[2])

Die in Betracht kommenden Tatsachen beziehen sich stets nur auf die Besetzung der konkreten Gerichtsbehörde. Ein Ausschluß oder eine Ablehnung, wie das Gesetz sie meint, kann immer nur auf die Richter, nicht auf das Gericht Bezug haben.[3]) Deshalb ist auch eine Ablehnung, die sich — unverhüllt oder verhüllt — auf das Gericht beziehen würde, unwirksam und von dem Gerichte nicht zu beachten, so daß es des in § 46 ZPO. vorgeschriebenen Verfahrens nicht bedarf.[4])

II. Die Ausschließung des Richters.

1. Die Ausschließungsgründe bestehen

---

[26]) Dies erhellt deutlich daraus, daß nur im Falle § 579 Nr. 2, 3 mit der Zulässigkeit des „Ablehnungsgesuchs" und der Beschwerde über dieses gerechnet wird, nicht aber im Falle der Nr. 1 (vorschriftswidrige Besetzung). Wie hier Seuffert, Vorb. 1 vor § 41, Petersen, Erl. 1 zu § 42. A. M. Wach I 334[5], Planck I S. 115[32], Struckmann-Koch, Vorbem. 1 und Gaupp-Stein, Vorb. I vor § 41.

*) ZPO. §§ 41/8. Literatur: Planck I § 30, Wach I § 27, Schmidt § 39 IV, Weismann I § 83, Kleinfeller § 19 III, die Kommentare zu ZPO. §§ 41f. — Die §§ 41/8 gelten auch vor dem Gewerbegericht und Kaufmannsgericht (GewGG. §§ 26, 29, KaufmGG. § 16), ferner im Verfahren vor dem Patentamt (PatG. § 14). — Mit den §§ 41/8 ZPO. stimmt vielfach überein StPO. §§ 22—30. Vgl. FGG. § 6.

[1]) Gleichbedeutend „von Rechts wegen" (GVG. § 129 II), „von selbst" (ipso iure in der neueren Rechtssprache).

[2]) Gemeinrechtlich unterschied man zwischen dem iudex inhabilis und iudex suspectus.

[3]) Nur indirekt hat die Ablehnung Wirkung auf das Gericht, nämlich nur insofern, als dadurch, daß alle bei dem Gericht angestellten Richter verhindert sind, das Gericht nicht tätig werden kann. Auf solche Fälle bezieht sich der § 36 Nr. 1 ZPO.

[4]) RG. in JWSchr. 1901 S. 397 Nr. 6, bei Gruchot 45 1089, Entsch. in Strafs. 27 S. 175.

a) in der eigenen Beteiligung des Richters an der zu entscheidenden Prozeßangelegenheit. Er kann nicht Richter sein, wenn er entweder zugleich Partei[5]) (Hauptpartei oder Intervenient) oder auch nur Mitberechtigter, Mitverpflichteter (auch als Bürge oder als Eigentümer des Pfandes) oder Regreßpflichtiger einer Partei ist (§ 41 Nr. 1). Mittelbare Beteiligung kann nur einen Ablehnungsgrund bilden.

b) Oder in seiner nahen persönlichen Beziehung zu einer der Parteien (§ 41 Nr. 2 bis 4). Er kann nicht Richter sein, wenn er

α) der frühere oder jetzige Ehegatte einer Partei ist,

β) oder zu ihr in dem in § 41 Nr. 3 bezeichneten Verwandtschafts-, Schwägerschafts- oder Adoptionsverhältnis steht,

γ) oder wenn er zu einer der Parteien in Beziehung auf den zu entscheidenden Prozeß in einem prozessualen Vertretungsverhältnis (einschließlich der Beistandschaft) gestanden hat oder steht. Schon dadurch, daß er durch Übernahme der Vertretung oder als gesetzlicher Vertreter in eine derartige Beziehung zu der Partei und ihrer Angelegenheit getreten ist, ist nach der Auffassung des Gesetzes seine Unbefangenheit schlechthin aufgehoben. Nicht nötig ist, daß er schon prozessual für die Partei tätig geworden ist oder daß er jetzt noch Vertretungsmacht hat.[6]) Sonach ist auch der Richter (Handelsrichter) ausgeschlossen, der als früherer Vormund, Direktor einer Aktiengesellschaft oder Testamentsvollstrecker in dem Prozesse hätte tätig werden **können**, wenn dieser schon zu der Zeit begonnen worden wäre, als der Richter noch in dem Vertretungsverhältnis stand.[7])

c) Ein Ausschließungsgrund liegt ferner in einer gewissen Beziehung des Richters zu dem früheren Verlauf des jetzigen Prozesses (§ 41 Nr. 5, 6). Er kann nicht Richter sein,

α) sobald er in demselben Prozesse (einschließlich des Beweissicherungsverfahrens der §§ 485 f.) als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist, nicht schon wenn er dazu vorgeschlagen war oder ist,

β) wenn er in einer früheren Richterstellung eine Entscheidung oder eine ebenfalls nachzuprüfende Vorentscheidung[8]) mitbeschlossen hat[9])

---

[5]) Daß er früher das Subjekt des streitigen Rechtsverhältnisses war, kann ihn nur aus dem Grunde ausschließen, daß er deshalb regreßpflichtig ist.

[6]) Lautet die Prozeßvollmacht auf zwei assoziierte Rechtsanwälte, so ist es nicht nötig, daß sich beide mit der Angelegenheit wirklich befaßt haben. Lautet sie auf einen von beiden, so ist der andere nicht ausgeschlossen, es sei denn, daß er sich als Substitut mit der Sache befaßt hat. Vgl. RG. JWSchr. 1893 S. 459.

[7]) Übereinstimmend Planck I S. 117[5], Wach I 337[14], Seuffert, Erl. 6, Gaupp-Stein, Erl. II[5] zu § 41. A. M. Struckmann-Koch, Erl. 6 zu § 41, Weismann § 83 III, Petersen, Erl. 10e zu § 41, der aber zugibt, daß es nicht erforderlich ist, daß der Prozeß schon zur Zeit des Vertretungsverhältnisses eingeleitet war. In der Beziehung auf die Vergangenheit („berechtigt gewesen ist") liegt die Besonderheit der Nr. 4 des § 41. — Hat der Richter Rat erteilt oder in Beziehung auf das abzuurteilende Rechtsverhältnis nur Vollmacht zu zivilrechtlicher Vertretung gehabt, so kann daraus nur ein Ablehnungsgrund entspringen.

[8]) Vgl. §§ 512, 548.

und nun in anderer Instanz die Richtigkeit der angefochtenen[10]) Entscheidung nachzuprüfen hätte oder wenn er früher als Schiedsrichter mitwirkte und jetzt Mitglied des Gerichts ist, welches über die Rechtmäßigkeit des Schiedsspruchs zu entscheiden hat (§§ 1041/3). Zu jeder anderen Tätigkeit als zu solcher die volle Objektivität erfordernden Nachprüfung ist er sehr wohl imstande, so z. B. zu jeder Fortsetzung des Verfahrens in derselben Instanz,[11]) zu der Tätigkeit als beauftragter oder ersuchter Richter,[12]) zur Tätigkeit als Vollstreckungsrichter (wenn er früher Prozeßrichter war). Noch weniger kommt die Mitwirkung bei einer früheren Entscheidung in Betracht, wenn der jetzige Prozeß ein neuer selbständiger Prozeß ist.

d) Willensunfähigkeit eines Richters. Bei der ganzen Art unserer heutigen Einrichtungen kann es sich immer nur um solche Fälle handeln, in denen ein scheinbar geistig gesunder Richter in den Formen des Prozesses[13]) seines Amtes gewaltet hat und erst nachträglich Zweifel auftreten. Das Gesetz gibt keinerlei Vorschriften. Erkennt man nun an, daß eine Lücke vorhanden ist, und soll sie ausgefüllt werden, so kann keinesfalls angenommen werden, daß die im Zustande der Willensunfähigkeit vorgenommene Handlung „nicht als richterliche Handlung gelten kann".[14]) Viel-

---

[9]) Eine für den § 41 Nr. 6 relevante Mitwirkung liegt nicht vor, wenn er früher nur als beauftragter oder ersuchter Richter tätig war (so ausdrücklich § 41 Nr. 6 a. E.) oder wenn er nur an der Verhandlung (z. B. als Ergänzungsrichter) oder an der Verkündung (so RG. 26 S. 384) teilgenommen hat oder wenn er als Protokollführer oder als Referendar tätig war. War der Richter nur bei einer Beweisaufnahme beteiligt, wurde diese aber wiederholt, weil an seine Stelle ein anderer Richter getreten war, so ist § 41 Nr. 6 nicht anwendbar. Denn an der Fällung des Urteils, das angefochten wird, war er dann nicht beteiligt.

[10]) Eine Anfechtung mit der Folge der Nachprüfung der Richtigkeit der Entscheidung liegt nicht vor bei der sog. Vollstreckungsgegenklage (§ 767), nicht bei der Klage aus § 768, nicht bei der Exekutionsintervention (§ 771), nicht bei der Restitutions- und Nichtigkeitsklage (§ 578), wohl aber bei der Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses (§ 664) und des Ausschlußurteils (§ 957 II). Hier ist der § 41 Nr. 6 nach seinem Sinn und Zweck anzuwenden. Die Anfechtung geschieht zwar nicht durch Rechtsmittel, aber doch durch Klage bei der höheren Instanz (Amtsgericht — Landgericht). Der inzwischen vom Amtsgericht an das Landgericht versetzte Entmündigungsrichter kann nicht nachprüfen, ob er mit Recht entmündigt oder die Aufhebung der Entmündigung mit Recht versagt hat (§ 679). Vgl. auch §§ 663, 678 II. A. M. die Kommentare.

[11]) Z. B. im Falle der §§ 342, 700 (Einspruch), §§ 538, 565 (Zurückverweisung), §§ 302, 541, 600 (Nachverfahren), § 924 (Widerspruch gegen einen Arrestbefehl).

[12]) Meistens findet man dies in den Schlußworten von § 41 Nr. 6 gesagt. Aber sie beziehen sich hierauf nicht, weil die Tätigkeit des Kommissars oder des ersuchten Richters eine Ausnahme von der den Ausschließungsgrund bildenden Mitwirkung bei der angefochtenen Entscheidung bildet.

[13]) Fehlen diese, so liegt ein Gerichtsakt nicht vor, wie dies auch für solche Handlungen gilt, die ein geistig Gesunder außerhalb seiner Amtsführung vornimmt.

[14]) So Planck I S. 115 bei Note 20 (der das gleiche sogar bei völliger Taubheit oder Blindheit annimmt), Ötker, Konkursr. Grundbegr. 1 48[1] (Geisteskrankheit des Richters macht das angebliche Gericht zu einem Nichtgericht). Taubheit und Blindheit sind Mängel, die nur die Art der Beteiligung an der Verhandlung (vgl. § 309: „beigewohnt") betreffen und keine größere Wirkung haben, als das Einschlafen während der Verhandlung.

mehr sind die hier erörterten Vorschriften über die Ausschließung vom Richteramt entsprechend anzuwenden. Nur so eröffnet sich die Möglichkeit, daß ein rechtskräftig gewordenes Urteil noch angegriffen werden kann.

2. Wirkung der Ausschließung.

a) Wirkung für die Zukunft. Liegt einer der unter 1 bezeichneten Gründe vor, so will das Gesetz im Interesse der Rechtspflege, daß der Richter sein Amt in diesem Prozesse in keiner Weise ausübe; er muß durch einen anderen Richter ersetzt werden. Ob ein Ausschließungsgrund vorliegt, ist deshalb von Amts wegen im ganzen Lauf des Verfahrens zu prüfen. Die Anregung dazu kann von jeder Seite, auch von der Partei ausgehen. Dann spricht das Gesetz (§ 42 I) ebenso wie in den Fällen der bloßen Ablehnbarkeit (III) von Ablehnung des Richters. Sie hat aber hier eine ganz andere Bedeutung als beim Vorliegen eines bloßen Ablehnungsgrundes. Die Befugnis zu solcher Ablehnung (wegen Ausschließung) kann die Partei durch nichts verlieren.

b) Wirkung der Ausschließung in die Vergangenheit. Hat ein ausgeschlossener Richter entgegen dem in § 41 enthaltenen Verbot bei der Erledigung der Angelegenheit mitgewirkt, so ist dies abgesehen von dem Ausnahmsfall des § 47 [15]) eine Gesetzesverletzung so starker Art, daß deshalb das unter seiner Mitwirkung zustande gekommene [16]) Urteil schon aus diesem rein formalen Grunde angefochten werden kann, und zwar unbedingt auch dann noch, wenn es rechtskräftig geworden ist.[17]) Bis dahin aber behält die vernichtbare Entscheidung ihre Kraft; auch das entscheidende Gericht selbst ist an sie nach den allgemeinen Regeln gebunden, kann sie also, wenn sie ein Urteil ist, nicht abändern (§ 318). Die „Nichtigkeit" des Urteils ist sonach auch hier nur Vernichtbarkeit (Anfechtbarkeit). Völlige Unanfechtbarkeit (Heilung) tritt ein, wenn die Fristen für die Nichtigkeitsklage (§ 586) unbenutzt verstrichen sind. Soweit im Laufe der Instanz die Entscheidung von dem Gericht selbst geändert werden kann (wie z. B. Beweisbeschlüsse), hat es das Recht und die Pflicht,[18]) es zu tun und das Verfahren unter Zuziehung eines fähigen Richters zu wiederholen.[19])

---

[15]) Vgl. unten § 80 S. 91.

[16]) Ist er an dem Urteil nicht beteiligt, weil er zwar an einer Verhandlung teilgenommen hatte, aber vor der Urteilsfällung durch einen anderen Richter ersetzt wurde, so bildet seine Mitwirkung keinen Anfechtungsgrund, weil sie auf das Urteil ohne Einfluß ist. Übereinstimmend Gaupp-Stein, Erl. II, 2 zu § 551.

[17]) ZPO. § 551 Nr. 2, § 579 Nr. 2, § 577 II, 3. Nach § 579 II ist hier die Nichtigkeitsklage auch dann statthaft, wenn die Partei es absichtlich unterließ, das Urteil durch Rechtsmittel anzufechten. (Anders im Falle § 579 Nr. 1, 3.)

[18]) Sie ist nicht ausgesprochen, aber sie folgt einfach daraus, daß das Gericht seine Entscheidung auf einer gesetzmäßigen Grundlage aufbauen muß.

[19]) Richtigkeit der Handlungen des ausgeschlossenen Richters nehmen an Wach I 335 4, Planck I S. 117, Hellmann S. 182, Weismann § 83 VI, Seuffert, Erl. 1, Struckmann-Koch, Erl. 1 zu § 41. Dagegen Gaupp-Stein, Erl. I 3, Petersen, Erl. 6, Reincke, Erl. 1, Skonietzki-Gelpcke, Erl. 1 zu § 41, Wilmowski-Levy, Vorbem. vor § 41. Beachtet man das im Text Gesagte und geben die Gegner die Möglichkeit und Not-

Die Ausschließung des Richters wirkt nur auf die Gerichtsakte ein, bei denen er mitwirkte. Ohne Bedeutung ist sie für die Parteihandlungen, die vor dem mangelhaft besetzten Gerichte vorgenommen wurden.[20])

III. Bloße Ablehnungsgründe.

1. Dies sind alle anderen als die unter II bezeichneten Umstände, die die Besorgnis der Befangenheit des Richters begründen. Es ist nicht nötig, daß er befangen ist, aber es genügt auch nicht, daß eine Partei die Besorgnis der Befangenheit hegt. Vielmehr muß ein solches Verhältnis vorliegen, das bei verständiger Würdigung geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen.[21])

2. Das Vorliegen eines Ablehnungsgrundes wird nur beachtet,

a) wenn der Richter selbst[21a]) seinem Kollegium (beim Amtsgericht: dem vorgesetzten Landgericht) von einem Verhältnis Mitteilung macht, das seine Ablehnung rechtfertigen könnte (§ 48 I). Man nennt diese Anzeige gewöhnlich Selbstablehnung. Sie ist dem Richter zwar nicht zur Pflicht gemacht, aber er wird im eigenen Interesse zu ihr schreiten, wenn eine (begründete) Ablehnung zu erwarten ist. Sie steht ihm auch dann noch zu, wenn die Parteien ihn nicht ablehnen, ja sogar dann, wenn diese das Ablehnungsrecht verloren haben.

b) Sonst ist erforderlich, daß eine der Parteien den Richter ablehnt. Jede von ihnen hat diese Befugnis ganz unabhängig von der anderen.[22])

Das Ablehnungsrecht geht derjenigen Partei verloren, die trotz Kenntnis[23]) des Ablehnungsgrundes[24]) ohne dessen Geltendmachung mündliche oder schriftliche Anträge an diesen bestimmten Richter[25]) gestellt oder sich in eine

---

wendigkeit der Geltendmachung der „Nichtigkeit" durch Rechtsmittel zu, so verliert der Streit die sachliche Bedeutung.

[20]) Beispiel: Im ersten Termin ändert der Kläger die Klage mit Zustimmung des Beklagten (§ 264), oder dieser gesteht eine Tatsache zu. Nun wird einer der Richter, weil sich ein Ausschließungsgrund ergibt, durch einen anderen ersetzt. Die Klage bleibt gültig geändert, das Geständnis behält seine Wirkung usw.

[21]) So § 42 II. Es entscheiden also die Umstände des einzelnen Falls, ob verwandtschaftliche Beziehungen über die in § 41 Nr. 2 bezeichneten Grade hinaus, Freundschaft oder Feindschaft, Verlobtsein, mittelbares Interesse des Richters (RG. 7 S. 313), Ratserteilung usw. genügen.

[21a]) Der Vorsitzende und Beisitzer können ihn höchstens dazu veranlassen, daß er sich ablehnt.

[22]) § 42 III. Aus der Konkurrenz der Selbstablehnung geht hervor, daß die Parteiablehnung nicht etwa mit der Anfechtungsbefugnis in Parallele gesetzt werden kann. In erster Linie soll der Richter selbst darauf achten, daß nicht das Ansehen der Justiz durch Urteile geschädigt werde, denen auch nur der Schein der Parteilichkeit angeheftet werden könnte. Die Parteien sind nur mit dazu berufen, dieses öffentliche Interesse zu wahren. Deshalb werden auch Gerichtsgebühren nur dann erhoben, wenn die Partei mutwillig abgelehnt hat (GKG. § 47 II).

[23]) Bei Handlungen eines Bevollmächtigten schadet auch dessen Kenntnis, bei gesetzlichen Vertretern nur deren Wissen.

[24]) Daß er die Ablehnungsbefugnis kennt, verlangt das Gesetz (§ 43) nicht.

[25]) Schriftliche Anträge präkludieren also nicht, wenn die Partei nicht weiß, daß der ablehnbare Richter bei der Entscheidung mitwirken wird.

sonstige Verhandlung vor ihm eingelassen hat (§ 43). Gleichgültig ist, ob es sich um die Hauptsache oder um irgend einen anderen Punkt handelt, so z. B. um den Antrag auf Prozeßabweisung oder auf Vertagung der Verhandlung.[26])

Macht die Partei glaubhaft, daß sie den Ablehnungsgrund erst später erfahren habe (§ 44 IV), so kann sie die Ablehnung nachholen, muß es aber tun, ehe sie weiter verhandelt oder Anträge stellt (§ 43), und jedenfalls eher, als der Richter seine Tätigkeit beendigt hat.[27]) Neu entstehende Ablehnungsgründe sind durch die frühere Verhandlung überhaupt nicht präkludiert.[28])

Das Gesetz knüpft diese Präklusion des Ablehnungsrechts schlechthin an jenes Verhalten der Partei, um sie zur Ablehnung zu zwingen, ehe der Richter sich mit der Angelegenheit befaßt, und um die Weitläufigkeiten zu verhüten, die ein späterer Richterwechsel mit sich bringt, vor allem aber, um die Prozeßverschleppung durch spätere chikanöse Ablehnungen abzuschneiden. Der Grund der Präklusion liegt nicht etwa in einem stillschweigend erklärten Verzicht,[29]) nicht darin, daß die Partei durch ihr Verhalten den Konsens in die Person des Richters ausdrücke[30]) oder sich der Entscheidung über den Antrag unterwerfe.[31]) Deshalb ist es auch verfehlt, wenn man die Präklusion davon abhängig macht, daß die Partei durch den Antrag dem Richter ihr Vertrauen erweise oder daß in dem Antrag ein Verzicht liege.[32]) Wenn das Gesetz sie von der Kenntnis des Ablehnungsgrundes (nicht: des Ablehnungsrechts!) abhängig macht, so ist das nur eine Milderung des Präklusionsprinzips, welches der ZPO. gerade so wie der StPO. zugrunde liegt, in dieser allerdings ganz rein durchgeführt ist.[33]) Das Gesetz kennt nur diesen einen Grund für das Erlöschen der Ablehnungsbefugnis. Eine vor der Verhandlung gegenüber dem Gegner oder dem Gericht abgegebene Erklärung, die Befangenheit nicht geltend machen zu wollen, ist unwirksam.[34]) Tritt die Partei nun in die Verhandlung ein, so ist diese,

---

[26]) Kein Antrag ist es, wenn die Parteien dem Gericht nur anzeigen, daß sie die Aufhebung eines Termins vereinbart haben (§ 227), wohl aber, wenn sie Anberaumung eines neuen Termins beantragen. Vgl. dazu Note 32.

[27]) Nachher ist die Ablehnung sinnlos. Nur Anfechtung der Entscheidung wegen ihres Inhalts kann dann in Frage kommen. RG. JWSchr. 1899 S. 726.

[28]) Viel strenger ist auffallenderweise StPO. § 25 (Note 33).

[29]) So Reincke, Petersen, Struckmann-Koch zu § 43 u. a.

[30]) So Wach I 341, 344[25], Gaupp-Stein, Erl. 1 zu § 43 u. a.

[31]) So Seuffert, Erl. 1a zu § 43.

[32]) So RG. 36 S. 379, Petersen, Erl. 3 zu § 43 und ZZP. 2 169 zur Begründung des unrichtigen Satzes, daß ein beiderseits gestellter Vertagungsantrag die Ablehnung nicht präkludiere, was auch Struckmann-Koch, Erl. 2 zu § 43, Fitting ZZP. 7 229f., Weismann § 83[9] lehren. Dagegen mit Recht die herrschende Meinung, obwohl sie durchweg mit der Fiktion des Konsenses oder Verzichts operiert.

[33]) StPO. § 25. (Nach Verlesung des Eröffnungsbeschlusses ist jede Ablehnung ausgeschlossen.)

[34]) A. M. Wach I 344 nach Note 35, der das Gegenteil aus dem „Konsensprinzip“ folgert. Nach unserer Meinung kann die Partei, nachdem sie erklärt hat,

nicht aber jener Verzicht, der Grund für die Unablehnbarkeit (durch die Partei).

3. Der Umstand, daß ein Richter abgelehnt werden kann, hat auf die Gültigkeit der Gerichtshandlung, bei der er mitgewirkt hat, keinerlei Einfluß. Erst wenn die Ablehnung erfolgt und im Ablehnungsverfahren für begründet erklärt worden ist,[35]) ist er an der Ausübung des Richteramts so verhindert, daß die trotzdem geschehene Mitwirkung bei der Entscheidung schlechthin einen formalen Grund für die Aufhebung des Urteils bildet.[36]) Handlungen, die der Richter in der Zwischenzeit zwischen der Ablehnung und der Entscheidung über sie vorgenommen hat, begründen nie die Nichtigkeitsklage,[37]) die Berufung oder Revision aber nur dann, wenn der Richter entgegen dem § 47 eine Handlung vorgenommen hat, die hätte aufgeschoben werden können.[38])

§ 80.

bb) Das Ablehnungsverfahren.

I. Seine allgemeine Natur ergibt sich daraus, daß es sich nur um die Frage handelt, ob ein bestimmter Richter seines Amtes in Zukunft walten kann oder nicht, also nicht um die Frage, ob eine Richterhandlung gültig vorgenommen ist. Diese Frage kann nur durch Anfechtung der richterlichen Entscheidung zur richterlichen Nachprüfung gebracht werden. Deshalb ist die Ablehnung nicht mehr denkbar, wenn das Gericht seine Tätigkeit durch Fällung eines Urteils beendigt hat. Sogar die Anfech-

---

nicht ablehnen zu wollen, ihren Entschluß ändern; nur muß sie es vor der Verhandlung tun. — Aus § 295 ZPO. kann die Wirksamkeit des Verzichts (als der Erklärung, daß man nicht ablehnen werde) nicht hergeleitet werden. § 295 spricht nur von Mängeln eines Verfahrens, das bereits stattgefunden hat.

[35]) §§ 45, 48, vgl. u. § 80.

[36]) ZPO. § 551 Nr. 3, § 579 Nr. 3. Es gilt dann das oben II, 2, b Gesagte, jedoch mit der Abweichung, daß die Nichtigkeitsklage hier ausgeschlossen ist, wenn die Anfechtung des Urteils wegen der im Text bezeichneten Gesetzesverletzung unterlassen wurde, § 579 II.

[37]) Arg. § 579 Nr. 3 („. . . begründet erklärt war", nicht: „ist"). So auch Motive zu §§ 41 f., Gaupp-Stein, Erl. I[2], Petersen, Erl. 3, Skonietzki-Gelpcke, Erl. 4 zu § 47, Reincke, Erl. III, 2 zu §§ 41 f. Andere stellen den abgelehnten Richter schon von der (später erfolgreichen) Ablehnung an dem ausgeschlossenen Richter (II, 2) gleich, lassen also das Durchdringen des Gesuchs zurückwirken, so Wach I § 27[40], Planck I S. 118, 122[43], Seuffert, Erl. 3 zu § 42, Erl. 1 zu § 47, Weismann § 83 VI, Struckmann-Koch, Erl. 1 zu § 47. Dies verstößt gegen § 579 Nr. 3 cit. Die Wirkung des Ausschließungsgrundes ist auf zivilrechtlichem Gebiet zu vergleichen mit der der vorhandenen Geisteskrankheit (vgl. u. § 80[16]), die Wirkung des bloßen Ablehnungsgrundes mit der der Verschwendung. Letztere wirkt nur, wenn Entmündigung erfolgt ist, und von dieser an, was nicht ausschließt, daß während des Entmündigungsverfahrens vorläufige Sicherungsmaßregeln getroffen werden (ZPO. § 685 III mit § 657). Diesen entspricht hier die Sicherung, die kraft Gesetzes durch § 47 gegeben ist.

[38]) Vgl. § 551 Nr. 3 und unten § 80 IV.

tung der in dem Ablehnungsverfahren gefällten Entscheidung ist dann nicht mehr statthaft.[1])

Hieraus erhellt: Wie bei der ganzen Besetzung der Richterbank, so handelt es sich auch hier um eine Angelegenheit, die ihrer inneren Natur nach zur Justizverwaltung gehört, wenngleich sie ebenso wie die regelmäßige Besetzung der Abteilungen der Kollegialgerichte durch reichsgesetzlich bestimmte Gerichtsorgane und in einem von der Prozeßordnung geordneten Verfahren zu erledigen ist.[2]) Dies tritt besonders klar hervor, wenn die Anregung und Prüfung der Frage, ob ein Hinderungsgrund vorliegt, sich im Inneren des Gerichts abspielt (II), weniger deutlich, wenn eine Ablehnung seitens der Partei eintritt (III).

II. Offizialverfahren.

1. Es tritt ein, wenn die sog. Selbstablehnung stattgefunden hat oder wenn ein Ausschließungsgrund in Frage steht (§ 48). Ergreift der Richter selbst die Initiative, so genügt es nicht, daß er sich für ausgeschlossen oder befangen erklärt, sondern er muß die Gründe im einzelnen so darlegen, daß eine Prüfung stattfinden kann.[3]) Dabei kann der Richter sich entweder mit dieser tatsächlichen Angabe begnügen und die Entscheidung dem Gericht anheimstellen, oder er kann sich selbst für verhindert erklären.

2. Bei den Kollegialgerichten hat die Partei ein Recht darauf, daß die Ordnung der Geschäftsverteilung eingehalten wird.[4]) Die Bildung der Richterbank ist durch zwingende Vorschriften dem Belieben der (gewöhnlichen) Justizverwaltungsorgane, des Vorsitzenden und der Beisitzer[5]) entrückt. Der Vorsitzende darf den Stellvertreter zur Erledigung des Prozesses nur heranziehen, wenn das regelmäßige Mitglied verhindert ist. Für unseren Fall[6]) verweist das Gesetz (ZPO. § 48) die Entscheidung über die Verhinderung schlechthin und ohne Unterscheidungen an eine richterliche

---

[1]) RG. JWSchr. 1893 S. 461, 99 S. 726, Entsch. 35 S. 358/9, Seuff. Arch. 46 S. 352; Skonietzki-Gelpcke, Erl. 4 zu § 44, 3 zu § 47.

[2]) Gaupp-Stein, Erl. I vor § 41 u. a. bezeichnen die allgemeinen Erfordernisse für die Fähigkeit zum Richteramt (o. § 78) als staatsrechtlich, die Befähigung für den einzelnen Fall als prozeßrechtlich. Das erscheint nicht zutreffend. Daß unsere Materie in der ZPO. und StPO. geregelt ist, ist kein Beweis. Bezüglich des Gerichtsvollziehers normiert sie das GVG. (§ 156).

[3]) Dies ergibt § 48 („Verhältnis . . . könnte") und wird bestätigt durch die Motive zu § 48.

[4]) GVG. §§ 62, 65, vgl. o. § 75 V. Der Satz der Motive zu §§ 44/6, daß die Parteien kein Recht auf bestimmte Richter hätten (ebenso Wach I 344 nach Note 36), erklärt sich daraus, daß die §§ 62, 65 erst durch die Reichsjustizkommission in das GVG. gekommen sind. Danach ist auch der Satz der Motive, daß ein Ablehnungsgesuch „kurzer Hand" erledigt werden könnte, ohne alle Bedeutung für die Auslegung.

[5]) Sie können nicht durch freiwilliges Ausscheiden ihren Platz für den Vertreter frei machen. Zutreffend Planck I S. 119.

[6]) Anders, wenn es sich um Abwesenheit, Krankheit, anderweite tatsächliche Verhinderung (für die ganze Sitzung) handelt.

Behörde, und zwar an das Kollegium des Richters, und wenn dieses nach Ablehnung mehrerer Richter nicht durch Eintritt der Vertreter [7]) beschlußfähig gemacht werden kann, an das höhere Gericht.

Die Entscheidung geschieht nicht durch den Vorsitzenden allein, nicht durch ihn in Verbindung mit den nicht abgelehnten Mitgliedern des Kollegiums, sondern durch das neu gebildete Kollegium. Sie erfolgt entsprechend dem unter I Gesagten auf Grund reiner Offizialprüfung, ohne Anhörung der Parteien und ohne daß diesen die Entscheidung überhaupt mitgeteilt wird.[8]) Die Erklärung des Richters erübrigt nicht die Entscheidung, sondern bildet ihre Grundlage. Eine Form ist für die Beschlußfassung nicht vorgeschrieben. Das Wesentliche ist nur, daß das neue Kollegium das Ausscheiden des Richters nach Mitteilung des Grundes billigt. Mag dies auch noch so formlos geschehen, so liegt darin doch immer eine Entscheidung des Gerichts.[9])

3. Der Amtsrichter hat die Entscheidung seines Landgerichts nachzusuchen (§ 48 mit § 45 II). Doch wird man nach Analogie von § 45 II, 2 anzunehmen haben, daß es keiner Entscheidung bedarf, wenn er sich selbst für ausgeschlossen bzw. befangen erklärt hat. Dann tritt sein Vertreter an seine Stelle, ohne daß dieser eine Nachprüfung vorzunehmen hat.

III. Ablehnung durch die Partei kommt nur in Frage, wenn nicht schon auf dem Wege zu II der iudex inhabilis oder suspectus durch einen anderen ersetzt wurde. Sie ist auch dann noch statthaft, wenn auf diesem rein internen Wege entschieden ist, daß der Richter mitzuwirken habe.

1. Das Ablehnungsgesuch (§ 44) ist stets bei dem Gerichte anzubringen, dem der abgelehnte Richter angehört, sei es in mündlicher Verhandlung,[10]) sei es schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers (also ohne Anwaltszwang). Der Ablehnungsgrund ist darzulegen und sofort glaubhaft

---

[7]) GVG. §§ 62, 66. Auch Hilfsrichter können mitwirken, wenn sie bereits vorher dem Gerichte als solche zugeteilt worden sind (GVG. § 69).

[8]) ZPO. § 48 II. Nach außen tritt die Entscheidung nur hervor, wenn sie auf Ersetzung des Richters durch einen anderen lautet. Eine Anfechtung findet in keiner Weise statt, wenn die Entscheidung durch das Gericht erfolgt ist.

[9]) Diese fordern mit Recht Hellmann 184, Planck I S. 120 [32]. Zustimmung des Kollegiums wird auch von Gaupp-Stein, Erl. I [7] zu § 45 (anders Erl. I a. E. zu § 48) gefordert, Entscheidung des Gerichts, wenn auch kein förmlicher Beschluß, von Struckmann-Koch, Erl. 2 zu § 48 und Erl. 2 zu § 46, die deshalb alle mit Unrecht Hellmann als a. M. zitieren. A. M. Wach I 348 [38] (344 [36]) und Seuffert, Erl. 1 zu § 48. Sie verweisen auf „Ersatz des Richters im Gang der inneren Geschäftsordnung" (Seuffert: „Von kurzer Hand"). Dabei dürfte das zu und in Note 4 Gesagte nicht genügend beachtet zu sein. Gegen diese Meinung spricht auch die besondere Regelung, die für den Fall der Ablehnung eines Amtsrichters gegeben ist (§ 45 II, 2, vgl. Text unter 3). Der Grund, weshalb sie bei den Kollegialgerichten fehlt, liegt darin, daß bei diesen von ganz seltenen Ausnahmsfällen abgesehen die Entscheidung durch ein anders zusammengesetztes Kollegium in der leichtesten Weise zu erreichen ist. — Ganz anders als beim Richter ist die Rechtslage beim Gerichtsschreiber, s. u. § 82 III.

[10]) RG. 35 S. 352,3.

zu machen (§ 294). Es genügt jedoch die Bezugnahme auf das Zeugnis (die dienstliche Äußerung) des abgelehnten Richters (§ 44 II).

2. Die Entscheidung erfolgt durch die Abteilung (Kammer, Senat), der der (zunächst ausscheidende) Richter angehört,[11]) beim Amtsrichter durch das vorgesetzte Landgericht. Jedoch bedarf es keiner Entscheidung, wenn der abgelehnte Amtsrichter die Ablehnung für begründet hält; hier tritt einfach der von ihm benachrichtigte Vertreter an seine Stelle (§ 45).

3. Mündliche Verhandlung (vor dem neuen Kollegium) ist nicht obligatorisch (§ 46 I); Anhörung des Gegners (im schriftlichen Verfahren) ist nicht erforderlich. Die Entscheidung erfolgt auf Grund reiner Offizialprüfung der Wahrheit der in Betracht kommenden Tatsachen und ihrer rechtlichen Bedeutung. Dies folgt aus der immer wieder zu betonenden Aufgabe des Verfahrens (I). Es ist auch ganz zweifellos, soweit es sich um Ausschließungsgründe handelt. Die Art der Erledigung des Gesuchs ist aber nach dem Inhalt des Gesetzes in beiden Fällen ganz gleich. Bestätigend ist die Vorschrift, daß der abgelehnte Richter sich dienstlich über den Ablehnungsgrund (d. h. die Tatsachen) äußern muß (§ 44 III) und daß das Gesetz (§ 44 II) es verbietet, die Partei zum Zwecke der Glaubhaftmachung zur Versicherung an Eidesstatt zuzulassen.[12]) Nicht entgegen steht, daß von der Partei Glaubhaftmachung verlangt wird (§ 44 II). Denn dies gilt auch für Ausschließungsgründe und dient nur zu dem Zwecke, chikanöse Ablehnungen hintanzuhalten. Zu beachten ist auch, daß durch die Ablehnung bei den anderen Mitgliedern Zweifel über das Vorhandensein eines Ausschließungsgrundes entstehen können und daß, wenn durch die Parteiablehnung auch nur Zweifel über den geltend gemachten reinen Ablehnungsgrund entstanden sind, diese von Amts wegen beseitigt werden müssen. Auch kann ja die Selbstablehnung hinzukommen.[13])

4. Die Entscheidung ist bekannt zu geben, nach mündlicher Verhandlung durch Verkündung, sonst durch Zustellung des Beschlusses an den bzw. die Antragsteller (§ 329). Sie lautet

a) entweder dahin, daß der Richter für ausgeschlossen oder befangen

---

[11]) Entscheidung unter Mitwirkung des abgelehnten Richters erklärt das RG. für zulässig, wenn das Gesuch als Ablehnung nicht ernstlich gemeint war, sondern nur zur Verschleppung dienen sollte. Vgl. RG. 44 S. 402, bei Gruchot 45 1089, 48 388, RG. in Straff. 30 S. 274 e. cit.

[12]) Dieses in § 294 zugelassene Mittel paßt nur für solche Angelegenheiten, in denen die Parteien dem Gericht den Beweis zu liefern haben, nicht aber für die Frage, in welcher Weise das Gericht zu besetzen ist. Ein Streit liegt nicht vor, nicht zwischen den Parteien (sie könnten ja beide ablehnen), noch weniger zwischen den Parteien und dem Gericht. Daß Zugeständnisse seitens der anderen Partei irrelevant sind, ist unstreitig.

[13]) Ein freiwilliges Ausscheiden und eine darauf gebaute Erledigung „von kurzer Hand" giebt es bei Kollegien hier ebensowenig, wie im Offizialverfahren. Vgl. hierüber näher o. Note 9.

erklärt wird.[14]) Dieser Beschluß ist jeder Anfechtung entzogen. Durch ihn ist das Ablehnungsgesuch „erledigt" [15]) mit der Wirkung, daß auf Grund der Feststellung des Ausschließungs- oder Ablehnungsgrundes der Vorsitzende den Vertreter des verhinderten Richters einzuberufen hat und daß die entgegen dem Beschluß geschehende Mitwirkung des Richters einen schlechthin wirkenden formalen Anfechtungsgrund bildet.[16])

Niemals kann, nachdem die Ablehnung Erfolg gehabt hat, aus diesem Grunde die Klage abgewiesen werden, worin sich deutlich zeigt, daß die Fähigkeit des Richters keine Prozeßvoraussetzung ist.[17]) So auch dann, wenn das Gericht durch die Ablehnung außer stande gesetzt wird, zu funktionieren. In solchem Falle ist auf dem Wege des § 36 Nr. 1 ein anderes Gericht zuständig zu machen,[18]) und an dieses werden die Akten zur weiteren Behandlung abgegeben.[19])

b) Wird das Gesuch zurückgewiesen, so ist sofortige Beschwerde möglich.[20]) Ihre Erhebung hat keine aufschiebende Kraft, es sei denn, daß die in § 572 II, III bezeichneten Anordnungen getroffen werden.[21]) Sie ist nur möglich, solange der Richter seine Tätigkeit noch nicht beendigt hat.[22]) Ist der Beschluß rechtskräftig geworden, so ist unbestreitbar festgestellt, daß der behauptete Ausschließungs- bzw. Ablehnungsgrund nicht vorliegt.[23])

---

[14]) Eine etwas formlose Bekanntgabe, aber immerhin doch eine Bekanntgabe liegt darin, daß das mit einem anderen Richter besetzte Gericht anordnet, daß vor ihm weiter zu verhandeln sei. In dem Protokoll (§ 159 II Nr. 2) kommt dieser Richterwechsel jedenfalls zum deutlichen Ausdruck.

[15]) Im Sinne des § 47, vgl. unten Note 21.

[16]) Vgl. § 551 Nr. 2, 3, § 579 Nr. 2, 3 (o. § 79 [37]). Bezüglich des Ausschließungsgrundes liegt die Vergleichung der wegen Geisteskrankheit erfolgenden Entmündigung nahe, insofern nämlich, als diese schlechthin Geschäftsunfähigkeit herbeiführt (BGB. § 104 Nr. 3), als aber auch schon ohne Entmündigung die Geschäftsunfähigkeit besteht, wenn Geisteskrankheit vorhanden ist (BGB. § 104 Nr. 2). Wer dies geltend macht, kann sich nicht auf die formale Kraft der Entmündigung stützen, er kann diese nur zum Beweise heranziehen. Zu beachten ist, daß auch ein Ausschließungsgrund erst im Laufe des Prozesses eintreten kann, z. B. durch Verheiratung, Verbürgung. — Anders ist die Auffassung von Wach I 345 Nr. 6.

[17]) Über abweichende Ansichten vgl. o. § 66 [11]. Die Klage ist also gültig erhoben, das Rechtsmittel gültig eingelegt, obgleich die Terminsanberaumung durch einen ausgeschlossenen Richter geschehen ist, der dann durch einen anderen Richter ersetzt wird. In der Einreichung der Schrift zwecks Terminsbestimmung liegt nie ein Antrag, der die Ablehnungsbefugnis des Klägers präkludieren könnte.

[18]) Dies kann auf Antrag sogleich mit geschehen, wenn das über die Ablehnung entscheidende Gericht das nach § 36 ZPO. zuständige ist.

[19]) So mit Recht Schultzenstein ZZP. 23 100. — Hieraus ergibt sich ein Fall der Succession in das Prozeßverhältnis (auf seiten des Gerichts).

[20]) § 46 II, § 577 II. Den Fall, daß die Zurückweisung verkündet ist, hätte das Gesetz hinsichtlich des Beginns des Fristenlaufs dem in § 577 II ausgezeichneten Fall des § 336 gleichstellen müssen, da, falls keine Parteizustellung erfolgt, die Notfrist nicht zu laufen beginnt.

[21]) § 572. Die Versagung der aufschiebenden Wirkung bedeutet, daß das durch die Ablehnung geschaffene Hindernis für die Tätigkeit des Richters als beseitigt gilt: das Gesuch ist jetzt zunächst „erledigt" (§ 47, vgl. Text IV).

[22]) Vgl. o. bei Note 1.

[23]) Dies bestätigt in Anwendung auf die Nichtigkeitsklage § 579 Nr. 2. Vgl. auch § 551 Nr. 2.

IV. Zwischentätigkeit des abgelehnten Richters (§ 47).

Es handelt sich hier nur um die Frage, ob der Richter in der Zeit von der Anbringung des Ablehnungsgesuchs bis zur Beschlußfassung über dasselbe[24]) lediglich deshalb jede Tätigkeit einstellen muß, weil das Gesuch möglicherweise Erfolg haben kann. Das Gesetz (§ 47) bestimmt, daß der Richter in dieser Zwischenzeit nur solche Handlungen vorzunehmen hat, die keinen Aufschub gestatten. Nicht gemeint und nicht gestattet sind solche Akte, welche die dem Richter obliegende Tätigkeit beendigen,[25]) sondern nur vorausgehende Anordnungen, wie z. B. Beweisaufnahmen (bei drohendem Verlust des Beweismittels) oder Sicherungsmaßregeln.

Dieser § 47 bezieht sich wie die vorhergehenden Paragraphen entsprechend dem Sprachgebrauch des Gesetzes auch auf solche Fälle, in denen wegen eines Ausschließungsgrundes abgelehnt ist.[26]) Er hat nicht nur instruktionelle Bedeutung.[27]) Vielmehr bleiben solche unaufschiebbaren Richterakte gültig, auch wenn das Anfechtungsgesuch durchdringt: beim Vorhandensein eines Ablehnungsgrundes schon deshalb, weil dieser erst von der Zeit seiner erfolgreichen Geltendmachung an wirkt und diese keine Rückwirkung hat,[28]) beim Vorhandensein eines Ausschließungsgrundes aber deshalb, weil das Gesetz den Gegner unter der mit der Erledigung des Ablehnungsgesuchs verbundenen Verzögerung nicht leiden lassen will und es sich nur um Zwischenentscheidungen handelt.[29])

Aufschiebbare Entscheidungen und (stets!) Urteile beruhen auf Gesetzesverletzung, beim Vorhandensein eines Ausschließungsgrundes auf Verletzung des § 41 und § 47, eines Ablehnungsgrundes nur auf Verletzung des § 47. Im letzteren Fall ist also nicht der § 551 Nr. 3 („war") und § 579 Nr. 3 anwendbar, sondern die §§ 512, 548.

---

[24]) Dies meint der § 47 mit der „Erledigung". Sobald das Gesuch abgewiesen ist (nicht erst von der Rechtskraft an), wird die Ablehnung nicht mehr beachtet, obwohl doch die Möglichkeit besteht, daß es im Beschwerdewege durchdringt. A. M. Petersen, Erl. 2 zu § 47. S. oben Note 21, vgl. auch bei Note 15.

[25]) Dies ergibt sich daraus, daß die Fällung des Endurteils die Beschwerde unmöglich machen würde. In einem solchen Falle hob das RG. 35 S. 358/9 das rechtswidrig erlassene Urteil auf. — Übereinstimmend Reincke, Erl. III, 2 zu §§ 41 f.

[26]) A. M. Wach I 345 bei Note 40, Gaupp-Stein, Skonietzki-Gelpcke, Erl. 1 zu § 47 u. a. Wie hier Reincke, Struckmann-Koch, Petersen, Seuffert zu § 47.

[27]) So Seuffert, Erl. 1 zu § 47.

[28]) Vgl. o. § 79 Note 37.

[29]) So auch Reincke, Erl. III, 2 zu § 47. A. M. Wach I 345, Planck I S. 121, Petersen, Seuffert, Struckmann-Koch zu § 47. Aber der Zweck des § 47 ist, die Gefahr zu beseitigen, die der Partei droht, wenn die Handlung aufgeschoben wird. Er würde nicht erreicht, wenn die Zwischenhandlung des Richters sich als wirkungslos herausstellen könnte.

2. Gerichtsschreiber, Gerichtsvollzieher.*)

§ 81.

a) Einleitung.

I. Nach gemeinem Recht[1]) und den meisten neueren deutschen Prozeßordnungen stand die gesamte Gerichtsgewalt dem Gerichte ungeteilt zu, und der Gerichtsschreiber (actuarius, secretarius, protonotarius) hatte die Aufgabe, als ein mit öffentlichem Glauben versehener Beamter die gerichtlichen Vorgänge zu beurkunden. Die Gerichtsdiener (Gerichtsbote, Büttel, Bidell) waren lediglich die ausführenden Hilfskräfte des Richters, nach dessen speziellen Weisungen und unter dessen steter Kontrolle sie Zustellungen und Vollstreckungen auszuführen hatten. Neben dem eigentlichen Gerichtsschreiber wurden bei dem Gericht noch andere Unterbeamte angestellt (Kalkulatoren, Registratoren, Kanzlisten, Expedienten usw.).

II. Ganz anders ist das französische System. Die Gerichtsschreiberei (greffe) ist als ein besonderes Amt organisiert, dessen Inhaber (greffier) für die nötigen Hilfskräfte zu sorgen hat. Vor allem aber ist charakteristisch das Institut der Gerichtsvollzieher. Der huissier ist ein selbständiger Beamter, an den die Parteien sich direkt wenden, um durch ihn Prozeßakte aufnehmen und Zustellungen und Vollstreckungen vornehmen zu lassen. Sie werden kraft eigener Amtsgewalt und unter selbständiger Prüfung und Verantwortlichkeit tätig. Die Gerichte haben nur die eigentliche Spruchtätigkeit; mit der Prozeßeinleitung und mit der Urteilsvollstreckung sind sie nicht befaßt.

Das Gerichtsvollzieherinstitut wurde von der Bayerischen Prozeßordnung von 1869 völlig übernommen, in Hannover aber nur unter wesentlichen Abweichungen.[2])

III. Das Reichsrecht folgt dem französischen Vorbild insoweit, als es dem Gerichtsschreiber eine umfangreichere und selbständigere Tätigkeit zuweist und dem Gerichtsvollzieher prozessual eine Stellung gibt, welche der des huissier nachgebildet ist. Jedoch läßt es dem Landesrecht einen sehr freien Spielraum. So ist denn dem Gerichtsvollzieher auf diesem Umwege nach und nach wieder eine Stellung gegeben, die den Bedürfnissen unseres Rechtslebens mehr gerecht zu werden versucht, als die Stellung, die der huissier hat und der Gerichtsvollzieher nach der prinzipiellen Auffassung der ZPO. und ihrer Verfasser eigentlich haben soll.[3])

---

*) Wach I § 25, Planck I §§ 31—33, Schmidt §§ 38, 39, Weismann § 13, Kleinfeller §§ 20, 22. Eine Übersicht über den früheren Rechtszustand bis zur ZPO. geben die Motive zum GVG. (§§ 124,6 des Entwurfs) und zur ZPO. (§§ 152f. des Entwurfs).

[1]) Wetzell System § 36 II, III.

[2]) Vgl. näher Motive zum GVG. (Note *) unter II, III.

[3]) Vgl. u. §§ 83, 84.

§ 82.

b) Der Gerichtsschreiber.

I. Reichsrecht und Landesrecht.

Das Reichsrecht (GVG. § 154) schreibt vor, daß bei jedem Gericht eine Gerichtsschreiberei eingerichtet werden muß. Sie bildet eine Behörde, die zwar nicht ein Teil des Gerichts (als Spruchbehörde) ist, aber wegen ihrer engen Verbindung mit dem Gericht als dessen Zubehör bezeichnet werden kann.

Die ZPO. bestimmt auch den Inhalt des Amtes des Gerichtsschreibers, also die prozessualen Funktionen, die dem Gerichtsschreiber bei der Erledigung des Prozesses obliegen. Dabei weist das Gesetz dem Gerichtsschreiber ein viel größeres Tätigkeitsfeld zu, als er nach gemeinem Rechte hatte, und stellt ihn dabei auch weit selbständiger.

Dagegen enthält sich das Reichsrecht gänzlich einer Vorschrift über die Voraussetzungen für die Anstellung und über die staatsrechtliche Beamtenstellung des Gerichtsschreibers; namentlich gibt es ihm nicht die Unabhängigkeit, wie sie für den Richter und das Gericht eigentümlich ist. Die Geschäftseinrichtung der Gerichtsschreibereien darf nach reichsrechtlicher Erlaubnis (GVG. § 155) die Justizverwaltung frei regeln, und zwar beim Reichsgericht der Reichskanzler, bei den Landesgerichten die Landesjustizverwaltung. Diese kann also ganz nach Belieben entweder dem französischen Vorbild folgen oder im Bedürfnisfalle mehrere Gerichtsschreiber bei derselben Gerichtsschreiberei anstellen und die Verteilung der Geschäfte und die Oberleitung frei bestimmen. Sie kann ihnen andere Unterbeamte (Assistenten, Aktuare, Kanzlisten usw.) beigeben und das Schreibwerk durch Beamte oder durch Lohnschreiber erledigen lassen. Auch steht es dem Landesrecht frei, den Gerichtsschreibereibeamten andere in den Prozeßgesetzen nicht vorgesehene Geschäfte zu übertragen.

In Preußen sind gemäß AG. zum GVG. § 68 die Dienstverhältnisse der Gerichtsschreiber durch das Gesetz vom 3. März 1879 und durch eine ergänzende „Gerichtsschreibereiordnung" des Justizministers vom 17. Dezember 1899 (abgeändert unter dem 4. März 1901) geordnet, ihre Geschäftsverhältnisse durch verschiedene vom Justizminister erlassene „Geschäftsordnungen". Die Gerichtsschreiber werden gegen festes Gehalt auf Lebenszeit angestellt. Referendare können die Geschäfte der Gerichtsschreiber wahrnehmen. Für Bayern vgl. AG. zum GVG. Art. 59—64 und Allerhöchste Verordnung vom 23. August 1879.

II. Der Inhalt des Gerichtsschreiberamtes.

1. Im Prozeß wird der Gerichtsschreiber tätig

a) als Urkundsperson, ausgerüstet mit öffentlichem Glauben. Er führt

α) das Sitzungsprotokoll (ZPO. §§ 163, 165). Dabei ist er nicht nur der Schreibgehilfe des Richters, sondern er hat neben dem das Protokoll ebenfalls unterschriftlich vollziehenden Richter die Wahrheit des Beurkundeten zu

bezeugen. Der Vorsitzende bestimmt zwar, welche Vorgänge protokolliert werden sollen, und es ist auch nicht unzulässig, daß er dem zur selbständigen Protokollführung nicht befähigten Gerichtsschreiber das Protokoll diktiert; aber er kann ihn nicht zwingen, eine Protokollierung durch seine Unterschrift zu decken, die mit der Wahrnehmung des Gerichtsschreibers in Widerspruch steht. — Als Protokollführer gehört der Gerichtsschreiber in der Verhandlung zu dem Gericht, aber nicht als Mitglied des erkennenden Gerichts, sondern als eine Nebenperson, deren Hinzuziehung den prozeßordnungsmäßigen Verlauf der Sitzung bedingt.[1])

β) Er beurkundet auf dem Urteil den Tag seiner Verkündung (ZPO. § 315 III) und seines Aushangs (§ 316 II) und bestätigt durch seine Unterschrift und das Gerichtssiegel die Übereinstimmung der Ausfertigungen und Auszüge von Urteilen und Beschlüssen mit den (stets bei den Gerichtsakten bleibenden) Urschriften (ZPO. §§ 317 III, 329 II). Er erteilt Abschriften aus den Gerichtsakten (§ 299 I).

γ) Er beurkundet außerhalb der Sitzung Anträge und Erklärungen der Parteien oder Dritter (wie Zeugen, Sachverständige). Schlechthin zugelassen ist dies im Amtsgerichtsprozeß (auch bezüglich der Klagschrift), in zahlreichen Ausnahmsfällen auch im Anwaltsprozeß.[2]) Indem das Gesetz den Gerichtsschreiber zu solcher Protokollierung verpflichtet, stellt es ihn in den Dienst der Partei, der er unentgeltlich Rechtsbeistand sein soll.

b) Als Unterorgan des Gerichts erscheint der Gerichtsschreiber in allen den Fällen, in denen das Gesetz zur Verminderung der Arbeit des Gerichts vorschreibt, daß Handlungen, die an sich von dem Gericht oder ihm gegenüber vorzunehmen wären, durch den Gerichtsschreiber oder ihm gegenüber vorzunehmen sind. Hier wird er an Stelle des Gerichts tätig und empfängt die Erklärungen und Anträge an seiner Statt; er handelt nicht im Namen des Gerichts, sondern suo nomine als Gerichtsschreiber, und zwar in der Regel[3]) selbständig. Seine Stellung als Unterorgan des Gerichts kommt darin zum Ausdruck, daß gegen seine Entscheidungen Vorstellung bei seinem Gericht erhoben werden kann und daß Beschwerde erst gegen die Entscheidung des Gerichts stattfindet.[4])

---

[1]) Deshalb liegt zwar eine Gesetzesverletzung vor, wenn kein Gerichtsschreiber zugezogen war, aber sie fällt nicht unter die Vorschriften des § 551 Nr. 1—3, § 579 Nr. 1—3. Zu beachten ist jedoch § 164 in Verbindung mit § 551 Nr. 1, 6, § 579 Nr. 1.

[2]) ZPO. §§ 496, 501 (Amtsgericht), anderseits z. B. §§ 44, 104, 118, 248, 381, 386, 569, 920.

[3]) Nur in Ausnahmsfällen hat er, ehe er entscheidet, die Anordnung des Vorsitzenden einzuholen, so in den Fällen des § 730 I (gewisse Fälle der Erteilung der Vollstreckungsklausel). Auch hier erteilt der Gerichtsschreiber die Klausel (§ 724 II); die Erteilung ist nicht etwa eine Entscheidung des Vorsitzenden.

[4]) § 576. In der in dieser Beziehung ganz gleichen Behandlung des Gerichtsschreibers und des beauftragten Richters (vgl. o. § 77 III) liegt ein deutlicher Hinweis auf die Natur der Stellung des Gerichtsschreibers. — Planck I S. 126 lehrt, der Gerichtsschreiber vollziehe diese Handlungen „im speziellen Auftrag des Richters, wo-

Unter diesen Gesichtspunkt gehören folgende dem Gerichtsschreiber überwiesenen Tätigkeiten.

α) Er erteilt die zum Gebrauche der rechtskräftigen Urteile erforderlichen Zeugnisse über ihre Rechtskraft (§ 706). Er erteilt die den Gläubiger zum Vollstreckungsantrag legitimierende „vollstreckbare Ausfertigung" des Schuldtitels.[5]) Hierbei handelt es sich um einen wahren Akt der Rechtsprechung, bei dem schwierige Rechtsfragen auftauchen können und von dem Gerichtsschreiber zu entscheiden sind.

β) Anträge und Erklärungen, die ihrem Inhalt nach an das Gericht gerichtet sind, haben, wenn sie zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt sind,[6]) hiermit dieselbe Wirkung, als wenn sie in schriftlicher Abfassung dem Gericht eingereicht wären. Schriftsätze, die Ladungen enthalten, werden zum Zwecke der Terminsbestimmung (durch den Vorsitzenden) bei dem Gerichtsschreiber eingereicht (§ 216 I); er ist also der Empfänger des an das Gericht (genauer: an den Vorsitzenden) gerichteten Gesuchs um Terminsbestimmung. Ebenso nimmt er die für das Gericht bestimmten vorbereitenden Schriftsätze und Beweisurkunden entgegen (§§ 133/4, 364, 443).

γ) Er ist das ausführende Organ des Gerichts, indem er unter Bezugnahme auf dessen Beweisbeschluß die Ladungen von Zeugen und Sachverständigen ausfertigt (§§ 377, 402) und für die Bewirkung der von Amts wegen geschehenden Zustellungen Sorge trägt (§ 209).

δ) Nach dem Grundsatze des Parteibetriebs hat die Partei, welche zustellen oder vollstrecken lassen will, den erforderlichen Antrag an den Gerichtsvollzieher zu stellen.[7]) Soweit es sich in Anwaltsprozessen um Zustellungen handelt, durch die eine Notfrist gewahrt werden soll, und stets im Parteiprozeß und bei Zwangsvollstreckungen ist es jedoch der Partei gestattet, die „Beauftragung" des Gerichtsvollziehers durch den Gerichtsschreiber besorgen zu lassen. Dieser hat dann den Gerichtsvollzieher zu „beauftragen" oder — bei Zustellungen — direkt die Post zu ersuchen.[8]) Diese Verpflichtung legt das Gesetz dem Gerichtsschreiber zum Zweck der Erleichterung des Prozeßbetriebs auf. Er wird tätig im Interesse der betreibenden Partei

bei nur das Besondere sei, daß der Auftrag ihm nicht vom Richter unmittelbar erteilt, sondern vom Gesetz selbst bzw. von der Partei(!) überbracht werde". Mit solchen Fiktionen läßt sich die Tatsache nicht aus der Welt schaffen, daß das Gesetz die Gerichtsgewalt nicht nur durch das Gericht, sondern auch durch andere Beamte selbständig ausüben läßt.

[5]) ZPO. §§ 724/5, 733, 795, 797 I, 928, 936. — Nebenbei mag hier erwähnt werden, daß die Erteilung der Vollstreckungsklausel zu notariellen vollstreckbaren Urkunden (§ 794 Nr. 5) durch den Notar geschieht (§ 797 II).

[6]) Vgl. o. a, γ.

[7]) §§ 166 I, 753 II. Das Gesetz sagt: den Gerichtsvollzieher „beauftragen", vgl. u. § 83.

[8]) §§ 166 II, 497, 501 verbunden mit § 196, ferner § 753 II. Wird bei dem Gerichtsschreiber ein zuzustellender Schriftsatz eingereicht oder zu Protokoll erklärt, so liegt ihm in den Fällen des Textes Besorgung der Zustellung sogar stets ob, wenn die Partei nicht das Gegenteil erklärt hat, § 168 mit § 497.

und mit Wirkung für sie,[9]) aber nicht als ihr Beauftragter, sondern als Beamter (Organ des Gerichts).[10]) Doch sind die Zustellungen, für die der Gerichtsschreiber in den bezeichneten Fällen Sorge zu tragen hat, keine Zustellungen von Amts wegen im Sinne der §§ 208 f.

2. Eine andere Gruppe von Aufgaben der Gerichtsschreiberei ist die Besorgung des gerichtlichen Aktenwesens, die Ordnung und Aufbewahrung der Akten, die Besorgung des Schreibwerks, die Führung der Register und Listen usw. Über diese den internen Geschäftsbetrieb betreffende Tätigkeit trifft das Reichsrecht keinerlei Vorschriften.[11])

3. Um das Bild von dem Geschäftskreis des Gerichtsschreibers zu vervollständigen, mag noch darauf hingewiesen sein, daß er auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Reihe von Aufgaben hat, so reichsgesetzlich bei der Beurkundung von Testamenten und Erbverträgen,[12]) landesgesetzlich bei der Führung des Grundbuchs, bei der Aufnahme von Wechselprotesten, Vornahme von Siegelungen, Inventuren usw.

III. Ausschließung und Ablehnung des Gerichtsschreibers (ZPO. § 49).

1. Die Gründe, die einen Richter kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramtes ausschließen, schließen auch den (gültig angestellten) Gerichtsschreiber aus, wenn sie bei ihm vorliegen.[13]) Ebenso kann dieser aus sonstigen Gründen wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden. Auch die Vorschriften über das Ablehnungsverfahren finden entsprechende Anwendung; die Entscheidung erfolgt durch das Gericht, dem der Gerichtsschreiber angehört.[14])

---

[9]) § 753 II, 2: „Der von dem Gerichtsschreiber beauftragte Gerichtsvollzieher gilt als von dem Gläubiger beauftragt." Da dieser „Auftrag" kein zivilistisches Geschäft ist, so sind auch die zivilistischen Kategorien hinsichtlich der Tätigkeit des Gerichtsschreibers außer Betracht zu lassen. Wäre sie unter zivilistischem Gesichtspunkt zu betrachten, so wäre zu sagen: der Gerichtsschreiber handelt als Mittelsmann (Bote oder Stellvertreter?) der Partei, nicht etwa als Stellvertreter des Gerichtsvollziehers. Erst wenn diesem der „Auftrag" erteilt ist, ist er perfekt. Anders, wenn die Verteilungsstelle handelt, vgl. u. § 83.

[10]) So zutreffend RG. 17 S. 391, 46 S. 324/5, zustimmend Struckmann-Koch, Erl. 3 zu § 166, Seuffert, Erl. 5 zu § 166, Gaupp-Stein, Vorbem. V vor § 166, der aber in Erl. I zu § 168 vom „vermuteten Auftrag" spricht. Weismann I § 71 II sagt, daß der Gerichtsschreiber bei Zustellungen von Amts wegen „Beauftragter des Gerichts", in unseren Fällen „Beauftragter der Partei" sei.

[11]) Nach den in den einzelnen Bundesstaaten erlassenen Vorschriften bestimmt sich auch die Frage, ob und inwieweit der Gerichtsschreiber den Richter durch Anfertigung von Entwürfen, Prüfung von Kostenfestsetzungsgesuchen, rechnerische Arbeiten usw. zu unterstützen hat.

[12]) BGB. §§ 2233, 2276, FGG. § 169.

[13]) ZPO. § 49. Vgl. o. § 79. Der § 41 Nr. 6 könnte „entsprechend" nur so angewendet werden, daß derselbe Gerichtsschreiber nicht in zweiter Instanz protokollieren könnte, nicht aber — wie Gaupp-Stein, Erl. I, Seuffert, Erl. 1 zu § 49 meinen — so, daß der Richter der ersten Instanz nicht in zweiter Instanz protokollieren könnte. Der § 41 Nr. 6 ist aber ganz unanwendbar. So auch Wach I 346, Struckmann-Koch zu § 49.

[14]) Über das Verfahren vgl. o. § 80. Da es keine entgegenstehenden Vorschriften gibt, so kann der Vorsitzende von sich aus in jedem Falle die Zuziehung eines anderen Gerichtsschreibers ohne weiteres anordnen.

2. Das Verfahren, bei dem ein kraft Gesetzes ausgeschlossener oder mit Erfolg abgelehnter Gerichtsschreiber mitgewirkt hat, leidet an einem wesentlichen Mangel und ist zu wiederholen. Ist aber auf dieser fehlerhaften Grundlage ein Urteil ergangen, so ist dieses deshalb nicht nichtig; ja es ist nicht einmal ein absoluter Revisionsgrund und noch weniger ein Grund für die Nichtigkeitsklage vorhanden.[15])

Es bleibt noch die Frage, ob ein Rechtskraftszeugnis oder eine vollstreckbare Ausfertigung deshalb ohne alle Wirkung (nichtig) sind, weil sie von einem kraft Gesetzes ausgeschlossenen Gerichtsschreiber erteilt wurden. Auch diese Frage ist zu verneinen.[16])

c) Der Gerichtsvollzieher.*)

§ 83.

α) Organisation der Gerichtsvollzieherbehörden.

I. Das Reichsrecht setzt die Existenz von Zustellungs- und Vollstreckungsbeamten (letzteren neben den Vollstreckungsgerichten) voraus und regelt den Inhalt ihrer Tätigkeit (also ihre Stellung innerhalb des Prozesses), überträgt aber die Regelung sowohl ihrer Dienst-, als auch ihrer Geschäftsverhältnisse dem Reichskanzler und der Landesjustizverwaltung (GVG. § 155).

Das Reichsrecht denkt sich die Gerichtsvollzieher offenbar nach dem Vorbild der französischen huissiers[1]) als Beamte, unter denen der Partei die freie Auswahl zusteht, die die Gebühren für ihre Tätigkeit einziehen und bei denen das Einkommen des einzelnen Beamten sich ganz danach richtet, ob die Parteien ihn oder den Konkurrenten in Anspruch nehmen.

Ganz anders ist die Stellung, die den Gerichtsvollziehern jetzt vom Landesrecht (kraft der diesem reichsgesetzlich gegebenen Erlaubnis) im größten Teile von Deutschland tatsächlich zugewiesen ist.[2])

---

[15]) Arg. § 551 Nr. 1—3, § 579 Nr. 1—3, die nur vom Gericht sprechen. — Wäre es richtig, daß die Ausschließung des Gerichtsschreibers die Nichtigkeit seiner Handlungen herbeiführe (so Wach I 346), so müßte wegen § 164 das Urteil schlechthin anfechtbar sein. Das wird aber mit Recht allgemein abgelehnt.

[16]) Bezüglich der Frage, welche Wirkung die Handlungen eines kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richters haben, ergibt sich die Antwort nicht aus den §§ 41 f., sondern aus anderen Vorschriften (vgl. Note 15). Hier fehlen solche Vorschriften. Daraus ist nicht die Nichtigkeit zu schließen, sondern das im Text Gesagte.

*) Literatur: Planck I § 33, Wach I § 25 III, § 26 I, 3, § 27 IV, Kleinfeller § 22, Kommentare zu §§ 166, 753 ZPO., Rottmann, Die Stellung des Gerichtsvollziehers (1900), Schönfeld, Der preußische Gerichtsvollzieher (3) 1901, Walter, Der Gerichtsvollzieherdienst in Preußen (2) 1901, Falckmann, Zwangsvollstreckung (2) 1904 § 24, Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen (Diss. 1904).

[1]) Vgl. o. § 81 II.

[2]) Ein vollständiges Bild von der Stellung des Gerichtsvollziehers kann deshalb nur unter Berücksichtigung des Landesrechts gegeben werden. Den Zwecken dieses Lehrbuchs entsprechend werden nicht alle Landesrechte in den Einzelheiten

In diesem Paragraphen behandeln wir vorzugsweise die Organisation der Behörden, denen gerichtsverfassungsmäßig die Gerichtsvollziehertätigkeit überwiesen ist, und erst in § 84 den Inhalt und die Ausübung dieser Tätigkeit und das Verhältnis, in dem die Parteien zu dem Gerichtsvollzieher stehen.

II. Fähigkeit zum Gerichtsvollzieherdienst. Anstellung.

Die Voraussetzungen für die Übertragung des Gerichtsvollzieheramtes sind völlig landesrechtlicher Regelung überlassen und verschieden normiert. Nach der Preußischen Gerichtsvollzieherordnung sind zu unterscheiden:

1. Die (eigentlichen) Gerichtsvollzieher. Sie werden auf Lebenszeit durch den Oberlandesgerichtspräsidenten angestellt. Erforderlich ist namentlich vollendetes 25. Lebensjahr und Bestehen einer Prüfung.[3])

2. Die Gerichtsvollzieher „kraft Auftrags". Sie werden mit der einstweiligen Wahrnehmung der Gerichtsvollzieherdienste durch den Oberlandesgerichtspräsidenten „beauftragt" (§ 37). Fähig sind solche Personen, welche zu Gerichtsvollziehern (1) ernannt werden können, ferner aber auch Gerichtsdiener und in Ermangelung solcher Personen sogar jede, die der Präsident für geeignet erachtet (§ 35). Bei Gefahr im Verzug ist der aufsichtsführende Amtsrichter ermächtigt, jede ihm geeignet erscheinende Person mit der Wahrnehmung einzelner Geschäfte zu „beauftragen" (§ 44).

3. „Hilfsgerichtsvollzieher" sind Gerichtsdiener oder Hilfsgerichtsdiener, die widerruflich zur Erledigung solcher Gerichtsvollziehergeschäfte bestellt werden, die von preußischen Justizbehörden angeordnet werden (§ 45).

Bei der großen Freiheit, die dem Landesrechte gelassen ist, ist es auch nicht ausgeschlossen, daß der Gerichtsvollzieherdienst einem Gemeindebeamten übertragen wird.[4]) Aber auch dann üben sie nicht etwa eine der Gemeinde zustehende Gewalt aus, sondern die Staatsgewalt (als mittelbare Staatsbeamte).[5])

III. Gerichtsvollzieherei. Verteilungsstelle.

Das Reichsrecht geht davon aus, daß jeder Gerichtsvollzieher für sich eine Behörde darstellt und daß für einen Bezirk mehrere Gerichtsvollzieher

---

berücksichtigt. Vgl. für Preußen: GVO. v. 31. 3. 1900, abgeändert durch Verf. v. 6. 1. 1903, und Geschäftsanweisung v. 1. 3. 1899, für Bayern: GVO. v. 16./12. 1900, für Sachsen: Geschäftsordnung für die Sächs. Justizbehörden v. 21./11. 1899, Württemberg: AG. zum GVG. Art. 29 f., Baden: GVO. v. 16. 11. 1899, Hessen: GVO. v. 21./5. 1879, Hamburg: Ges. v. 20. 12. 1899.

[3]) Preußische GVO. §§ 1, 13. Aus dem im Text unter 2 und 3 Gesagten und daraus, daß neben den im Text bezeichneten Voraussetzungen noch die Erfüllung der Militärpflicht und geordnete Vermögensverhältnisse als Voraussetzungen für die Ernennung bezeichnet sind, ergibt sich trotz der Fassung des § 1 („kann nur ernannt werden"), daß alle Vorschriften über die Voraussetzungen der Ernennung nur Verwaltungsvorschriften sind und daß ihre Verletzung die Gültigkeit der vom ernannten Gerichtsvollzieher vorgenommenen Amtshandlung nicht berührt.

[4]) Geschehen ist dies in Württemberg.

[5]) Die Zwangsgewalt, wie sie in der Zwangsvollstreckung zur Anwendung kommt, ist Teil der Zivilgerichtsbarkeit, die nach GVG. § 15 ausschließlich dem Staate zusteht, vgl. o. Bd. 1 § 13.

so angestellt sind, daß die Parteien die freie Wahl haben, welchem der Konkurrenten sie den „Auftrag" zuwenden wollen. Die Forderung auf Gebühren für die Amtstätigkeit steht dem einzelnen Gerichtsvollzieher zu.[6]) Die Gebühren bilden sein Einkommen, dessen Höhe also (wie beim Rechtsanwalt) ganz davon abhängt, ob er viel oder wenig in Tätigkeit gesetzt wird.

Diese zu den größten Unzuträglichkeiten führende und mit der Beamtenstellung nicht harmonierende Regelung ist jetzt in dem größten Teile des Reichs tatsächlich beseitigt, teils offen, teils wenigstens der Sache, wenn auch nicht dem Namen nach.

1. Kraft der in § 155 GVG. gegebenen Erlaubnis haben mehrere größere Staaten besonders benannte Behörden (Gerichtsvollzieherämter) gebildet. Wie das Amtsgericht und die Gerichtsschreiberei mit mehreren Richtern bzw. Gerichtsschreibereibeamten besetzt sein kann, so können auch der Gerichtsvollzieherbehörde mehrere Gerichtsvollzieher zugewiesen werden. Die Partei verkehrt mit der Behörde, und diese verteilt die Geschäfte unter ihre Beamten.[7]) Es ist selbstverständlich, daß diese nicht verantwortlich gemacht werden können, wenn die Behörde die Verteilung an den ausführenden Beamten verzögert. Ebenso auch, daß die Partei wegen der Qualität des ausführenden Beamten nicht nach BGB. § 831 verantwortlich sein kann;[8]) denn sie hat keinen Einfluß auf seine Wahl.

Weniger durchsichtig ist die preußische Regelung.[9])

Die Gerichtsvollzieher werden (nur) bei den Amtsgerichten angestellt (GVO. § 16 Nr. 1). Ihre Zuständigkeit beschränkt sich auf den ihnen zugewiesenen Gerichtsvollzieherbezirk (GVO. § 18 Nr. 1). Dieser wird gebildet durch den Bezirk ihres Amtsgerichts, falls aber mehrere bei einem Amtsgericht angestellt sind, durch den einem jeden zugewiesenen Teil des Amtsgerichtsbezirks.[10]) Für jeden Gerichtsvollzieher wird im voraus ein ständiger „Vertreter" bestellt (GVO. § 17 Nr. 1, 2); bei Gefahr im Verzug kann der aufsichtsführende Amtsrichter beliebig für die „Vertretung" sorgen (§ 44).

---

[6]) Vgl. GebO. f. GV. v. 24./6. 1879 §§ 6f., § 19 („Schuldner der Gebühren ist . . . die Staatskasse . . ."), § 24 Nr. 2.

[7]) So von Anfang an Hamburg, jetzt auch Sachsen und Bayern (Note 2). — Zu dieser Regelung ist das Landesrecht befugt; dieses kann nur die Funktionen des die Zustellung und Vollstreckung ausführenden Beamten nicht ändern. In allem übrigen hat es freie Hand. — Unhaltbar RG. 39 S. 161, wo auch für Hamburg von einem dem Gerichtsvollzieher „individuell (wenn auch durch Vermittlung des Gerichtsvollzieheramtes) erteilten Auftrag" gesprochen wird. Bezüglich der Verteilungsstelle vgl. RG. im Recht 5 265.

[8]) Vgl. dazu unten § 84 Note 50.

[9]) Ihre genauere Betrachtung ist besonders geeignet, die Bedeutung des sog. Parteiauftrags in das richtige Licht zu setzen.

[10]) GVO. § 17. Modifikationen s. in § 17 Nr. 5 (Unaufschiebbarkeit), § 18 Nr. 2 für den Fall, daß ein Auftrag eine einheitliche, zusammenhängende Tätigkeit in mehreren Bezirken notwendig macht), § 49 Nr. 3 (die Verteilungsstelle ist an die einzelnen Gerichtsvollzieherbezirke des Amtsgerichts nicht gebunden), § 53 (für Eilfälle können Gerichtsvollzieher zur beliebigen Verwendung stehen).

Der Gerichtsvollzieher darf die Ausführung eines Dienstgeschäfts einer anderen Person nicht übertragen (§ 31 Nr. 1). Ist er rechtlich oder tatsächlich an der Erledigung eines ihm erteilten Auftrags verhindert, so hat er ihn an den für ihn bestellten regelmäßigen Vertreter „abzugeben", bei Gefahr im Verzug aber dem Amtsrichter Anzeige zu machen, der dann nötigenfalls einen „besonderen Vertreter zu bestellen hat". Der Auftraggeber wird nicht gefragt; nur Mitteilung soll ihm, wenn möglich, gemacht werden, und auch das nur dann, wenn ein „besonderer" Vertreter bestellt wird (§ 31).[11]) — In diesen Grundsätzen über die „Vertretung" kommt es klar zum Ausdruck, daß die Partei nicht mit der Person des Gerichtsvollziehers verkehrt, sondern mit einer durch ihn repräsentierten Behörde. Der „Vertreter" ist geradeso Organ derselben, wie der in erster Linie zuständige Gerichtsvollzieher; der Vertreter ist ebensowenig Vertreter des letzteren (im privatrechtlichen Sinne), wie der an Stelle eines verhinderten Richters amtierende „Vertreter".[12])

Diese Behörde ist in Preußen in besonderer Weise organisiert, wenn bei dem Amtsgerichte mehrere Gerichtsvollzieher angestellt sind. Sie führt dann den Namen „Verteilungsstelle" und steht unter der Leitung eines Gerichtsschreibereibeamten (GVO. § 49 Nr. 1). Die betreibende Partei kann sich direkt an den für den betr. Gerichtsvollzieherbezirk zuständigen einzelnen Gerichtsvollzieher wenden[13]) oder an die Verteilungsstelle. Dieser liegt auch die „Beförderung der durch einen Gerichtsschreiber[14]) vermittelten sowie der amtlichen Aufträge an den zuständigen Gerichtsvollzieher ob" (GVO. § 54 Nr. 1).

Unter dem Namen „Verteilungsstelle" verbirgt sich eine Behörde, deren rechtliche Stellung und Bedeutung keine andere ist, als die des Gerichtsvollzieheramts des Hamburgischen Systems.[15]) Zwar spricht die GVO. (§ 49 Nr. 2, § 54 Nr. 1) von einer „Beförderung" des Auftrags. Aber der § 51 Nr. 1 gibt die gar nicht mißzuverstehende und außerordentlich bedeutungsvolle Vorschrift, daß „die (einseitig geschehene!) schriftliche oder mündliche Erteilung des Auftrags an die Verteilungsstelle ... die gleiche

---

[11]) Die Partei hat hiernach auch nach Preußischem Recht keinen maßgebenden Einfluß auf die Wahl des Gerichtsvollziehers.

[12]) Vgl. o. § 74 III.

[13]) GVO. § 49 Nr. 3. Diese mit Rücksicht auf Eilfälle gegebene Vorschrift enthält eine Abweichung von der Hamburgischen Ordnung. Das Wesen des Instituts wird dadurch nicht geändert.

[14]) ZPO. §§ 166, 753 II, vgl. o. § 82 II 1 b δ. Das Preußische Recht sieht hiernach in der Angehung des Gerichtsschreibers die Angehung der Verteilungsstelle; es identifiziert beide. Sonach muß es auch gleichgültig sein, ob die Partei ihr Gesuch an die Gerichtsschreiberei oder an die Verteilungsstelle adressiert. Dann gilt aber kraft der landesrechtlichen Organisation des Gerichtsvollzieherwesens auch hier der im Text sogleich zu besprechende § 51 Nr. 1 (der Auftrag gilt damit als erteilt). Auch bei den Amtsgerichten ohne Verteilungsstelle hat der Gerichtsvollzieher die Aufträge abzuholen (§ 55).

[15]) A. M. ohne Begründung Kleinfeller § 22 I.

Wirkung hat, als ob er dem zuständigen Gerichtsvollzieher unmittelbar erteilt wäre".[16]) Die „Beförderung" an den Gerichtsvollzieher ist also keineswegs nötig, um diejenigen Rechtsfolgen auszulösen, die sich an die „Erteilung des Auftrags" anknüpfen. Deshalb könnte sie, wenn man privatrechtliche Kategorien verwenden dürfte, unter keinen Umständen die Tätigkeit eines Boten der Partei sein; ebensowenig könnte die Verteilungsstelle Stellvertreter des Gerichtsvollziehers sein, da sie ja unter den mehreren ihr zur Verfügung stehenden Beamten die mehr oder minder freie Auswahl hat.[17]) Jene privatrechtlichen Begriffe müssen aber überhaupt außer Betracht bleiben.[17a]) Sonach kann jene Vorschrift des § 51 Nr. 1 nichts anderes bedeuten, als daß der sog. Auftrag bereits perfekt ist, wenn er an die Verteilungsstelle gerichtet wurde, und die „Beförderung" kann nichts anderes sein als eine „Zuweisung" des Auftrags[18]), genauer: als ein Dienstbefehl, dem der Gerichtsvollzieher, wie § 49 Nr. 4 ganz zutreffend sagt, „Folge zu leisten hat".[19]) Dies wird noch dadurch bestätigt, daß die Verteilungsstelle einen Vollstreckungsauftrag nach Ermessen einem anderen als dem zuständigen Gerichtsvollzieher „zuteilen" kann[20]) und daß die GVO. den betr. Gerichtsvollzieher als durch die „Zuteilung" beauftragt bezeichnet, noch mehr aber dadurch, daß die GVO. § 54 Nr. 1 auch die Übermittlung der amtlichen „Aufträge" als deren „Beförderung" bezeichnet.

Die preußische Verteilungsstelle ist also ebenso wie das Gerichtsvollzieheramt der Hamburger Art eine besondere Behörde. Als solche fungiert die Gerichtsschreiberei. Die Gerichtsvollzieher sind die ausführenden Beamten dieser Behörde. An diese werden die „Aufträge" gerichtet, und es ist ihre Sache, wie sie sie durch die ihr zugewiesenen Beamten erledigen läßt. Stiftet der Verteilungsbeamte durch Unterlassung oder Verzögerung der Zuteilung Schaden, so haftet er der Partei lediglich aus BGB. § 839.

Zugleich aber hat sich ergeben, daß der Gerichtsvollzieher Recht und Pflicht zur Ausführung des Dienstgeschäfts durch zwei einseitige Rechtshandlungen überkommt: durch die einseitige Erklärung der Partei an die Verteilungsstelle und durch die einseitige Zuteilung (Zuweisung) seitens dieser Stelle an den Gerichtsvollzieher. Damit ist der einzelne Beamte „beauftragt";

---

[16]) Hieraus ergibt sich indirekt auch ein wichtiger Schluß auf die Bedeutung des unmittelbaren Auftrags.

[17]) Vgl. GVO. § 17 Nr. 5, § 49 Nr. 4, § 53.

[17a]) Daß die Verteilungsstelle in einem privatrechtlichen Verhältnis (Auftrag oder dgl.) zu der Partei stehe, ist noch von keiner Seite behauptet und vom RG. 17 S. 391, 46 S. 324/5 bezüglich des Gerichtsschreibers mit Recht abgelehnt worden (vgl. o. § 82[10]). Noch abwegiger wäre es, das Verhältnis der Verteilungsstelle zu dem Gerichtsvollzieher unter privatrechtlichen Gesichtspunkten zu betrachten.

[18]) So die Überschrift von § 52 GVO.

[19]) Die „Beförderung" geschieht dadurch, daß die Schriftstücke in Fächer gelegt werden, aus denen die Gerichtsvollzieher sie abzuholen haben (§ 52 GVO.).

[20]) So GVO. § 49 Nr. 4 Satz 1 und § 53.

von einer Annahmeerklärung, die er abzugeben hätte, weiß das Reichsrecht ebensowenig etwas, wie die alle Einzelheiten so ausführlich regelnde GVO.[21]) Darin besteht der Tatbestand der sog. Beauftragung, hier nicht minder als dann, wenn die Partei sie direkt gegenüber dem Gerichtsvollzieher vornimmt.[22]) Sie ist nichts anderes als die durch einseitige Erklärung geschehende Nachsuchung der staatlichen dem Rechtsschutz dienenden Tätigkeit.[23])

2. Wie in dieser Organisation der Gerichtsvollzieherbehörden das Landesrecht etwas geschaffen hat, was sich sehr weit von der Organisation entfernt, wie sie die ZPO. als Regel gedacht hatte, so ist das Landesrecht auch bezüglich der pekuniären Stellung der Gerichtsvollzieher wieder mehr zu dem zurückgekehrt, was früher in Deutschland abgesehen von den linksrheinischen Gebieten und denen der bayerischen Prozeßordnung von 1869 Rechtens war.

a) Das Reichsgesetz (GebO. v. 24./6. 1878) bestimmt, daß für die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers „Gebühren" und „Auslagen" erhoben werden. Ihre Höhe ist reichsrechtlich absolut[24]) festgesetzt, unter Ausschluß jeder vertragsmäßigen Änderung (§ 1). Dies entspricht dem Charakter der zu zahlenden Beträge. Die Gebühren für die Gerichtsvollziehertätigkeit sind ebensowenig wie die Gerichtsgebühren (Gerichtskosten) und die Zeugengebühren Äquivalent für jene Tätigkeit; sie sind nicht die Gegenleistung aus einem gegenseitigen Vertrag (Werkvertrag oder Dienstvertrag), sondern sie gehören nach ihrem Grunde dem öffentlichen Rechte an und haben ebenso wie die Steuerforderungen publizistischen Charakter.[25]) Von dieser Auffassung gehen

---

[21]) Nicht entgegen steht GVO. § 51 Nr. 3. Sie sagt nicht etwa, daß der Gerichtsvollzieher den „Auftrag" ablehnen dürfe, sondern nur, daß er seine Tätigkeit verweigern darf, bis der Vorschuß geleistet ist. Ganz deutlich GVO. § 63: die „Ausführung des Auftrags" wird vom Vorschuß abhängig gemacht. Die ReichsGebO. für Gerichtsvollzieher § 18 spricht zwar davon, daß die „Übernahme" des Auftrags vom Vorschuß abhängig gemacht werden kann. Dies bedeutet aber nicht mehr als GerKostengeſ. §§ 3, 84 I, 85 V. Ganz klar geht dies daraus hervor, daß der zit. § 18 GebO. bestimmt, daß der GV. die Übernahme von amtlich angeordneten Geschäften nicht ablehnen dürfe. In § 766 II ZPO. bedeutet die Weigerung, „einen Vollstreckungsauftrag zu übernehmen", nichts anderes als die Weigerung, das übertragene Geschäft auszuführen. — Auffallend ist, daß die Verteilungsstelle über den gezahlten Vorschuß „im Namen des Gerichtsvollziehers" quittieren soll (Pr. GVO. § 51 Nr. 3), — weil doch nicht der Gerichtsvollzieher, sondern der Staat Gläubiger in der Forderung auf Gebühren oder Auslagen ist (§ 22 Nr. 2, 3) und weil doch in vielen Fällen gar nicht feststeht, welchem Gerichtsvollzieher das Geschäft übertragen wird. Das Rätsel erklärt sich daraus, daß der Gerichtsvollzieher regulär die Gelder zu erheben und an die Gerichtskasse abzuliefern hat (GVO. §§ 22, 71).

[22]) Für das Preußische Recht kann hierüber gar kein Zweifel sein. Denn die GebO. spricht einerseits von den Parteiaufträgen, anderseits von „amtlichen Aufträgen" oder „Aufträgen, die von den Justizbehörden erteilt werden" (z. B. §§ 20, 24, 54, ferner §§ 35/7, 40, 43/4). Daß aber der amtliche Auftrag eine einseitige, der Annahme nicht bedürftige und nicht einmal fähige Erklärung ist, ist zweifellos.

[23]) Vgl. näher unten § 84 III 2 c (S. 112).

[24]) GebO. § 24 Nr. 2 Abs. 2 (Landesgesetz kann in dieser Beziehung nichts ändern).

[25]) Nicht entgegen § 34 ZPO., der nur für den Fall, daß der Rechtsweg zulässig ist, einen Gerichtsstand schafft. — Auch die Notariatsgebührenforderung ist nicht privatrechtlich. Sonst könnten die Preuß. GebO. für Notare vom 25./6. 1895 § 25 und das Bayerische NotarGes. v 9./6. 1899 §§ 50/2 nicht ein besonderes Verfahren für

die Landesrechte aus, indem sie bestimmen, daß die Gebühren und Auslagen im Verwaltungszwangsverfahren beigetrieben werden.[26])

b) Das Reichsrecht geht von der Regel aus, daß die Forderung auf die Gebühren und Auslagen demjenigen Beamten zusteht, der das Gerichtsvollziehergeschäft besorgt hat. Allein der § 24 Nr. 2 der GebO. vom 24./6. 1878 gestattet dem Landesrecht, „an Stelle“ derselben eine andere Vergütung zu gewähren. Dies ist vielfach geschehen,[27]) in Preußen durch GVO. §§ 22 bis 24. Danach steht die Forderung auf die Gebühren und Auslagen dem Staate zu,[28]) und dieser gewährt dem Gerichtsvollzieher, der sie als sein Organ einzuziehen hat, einen festen Gehalt, den Betrag gewisser Auslagen und einen prozentualen Anteil (29, 27 oder 24 %) an den vereinnahmten Gebühren,[29]) wogegen sie die Kosten ihres Geschäftslokals und die Dienstbedürfnisse selbst zu bestreiten haben (§§ 27/9).

§ 84.

β) Der Inhalt und die Ausübung der Gerichtsvollziehertätigkeit.

I. Die Funktionen des Gerichtsvollziehers.[1])

Reichsrechtlich bestehen sie bei der streitigen Zivilgerichtsbarkeit in der Besorgung der Zustellungen, indem er entweder selbst sie ausführt oder die Post um ihre Ausführung ersucht,[1a]) ferner in der Ausführung der Zwangsvollstreckung, soweit diese nicht den Gerichten zugewiesen ist,[2]) endlich in der Verhaftung des Schuldners, soweit sie zur Erzwingung oder zur Duldung

---

ihre vollstreckbare Festsetzung bestimmen. — Wenn auch der Rechtsanwalt „Gebühren“ erhält, so soll damit nur der amtsähnliche Charakter seiner Tätigkeit zum Ausdruck gebracht werden, vgl. u. § 87.

[26]) So Preuß. GVO. § 66 Nr. 6 und Kassenordnung v. 31./3. 1900 §§ 25f. — Der Umstand, daß die Forderung dem Fiskus zusteht, kann nicht der Grund sein; vielmehr würde es dieser Umstand, wenn die Forderung nicht ihrer Natur nach vom Rechtsweg ausgeschlossen wäre, absolut hindern, den Verwaltungsweg zuzulassen (EG. zur ZPO. § 4).

[27]) In Preußen, Bayern, Sachsen, Oldenburg, Hamburg, Lübeck.

[28]) GVO. § 22 Nr. 2, 3. Die Forderung entsteht für den Staat, nicht etwa für den Gerichtsvollzieher, von dem sie auf den Staat überginge oder der sie als eine ihm zustehende Forderung für Rechnung des Staates geltend zu machen hätte. — Die Rückzahlung von irrig eingezogenen Beträgen erfolgt demgemäß aus der Staatskasse, GVO. § 60 Nr. 6.

[29]) GVO. § 22 Nr. 1, §§ 23, 24. Diese Beteiligung soll ihnen ein Interesse an der Ausführung des Geschäfts und an der Eintreibung der Außenstände geben. Sie findet sich auch bei anderen Kassenbeamten.

[1]) Literatur: § 83 Note *.

[1a]) ZPO. §§ 166, 193f. Vgl. auch BGB. § 132.

[2]) ZPO. § 753. Der GV. hat die Pfändung von beweglichen Sachen (§ 808), die Erzwingung der Herausgabe von Sachen (§§ 883/5) einschließlich der Hypothekenbriefe im Falle des § 830 I und der Beweisurkunden im Falle der §§ 836 III, 857 I, endlich die Beseitigung des Widerstandes des Schuldners in den Fällen des § 892 ZPO., des § 117 KO. (Hilfe bei der Inbesitznahme der Konkursmasse durch den Verwalter) und des § 150 ZVG. vorzunehmen.

einer Handlung angeordnet worden ist.[3]) Die von dem Gerichtsvollzieher über seine Handlungen aufgenommenen Urkunden (Zustellungsurkunden, Protokolle) sind öffentliche Urkunden (ZPO. §§ 415, 418).

II. Gerichtsvollzieher und Gericht.

Die Amtsgewalt des Gerichtsvollziehers ist ein Stück der Justizgewalt, die nach der geschichtlichen Entwicklung unseres heimischen Rechts und begriffsmäßig ein Bestandteil der dem Gericht zustehenden Rechtspflegetätigkeit ist. Im Gegensatz zu dem fast überall in Deutschland geltenden Rechte[4]) hat die ZPO. dem Gerichtsvollzieher insofern eine selbständige Stellung gegeben, als die Partei die erforderlichen Anträge an ihn (nicht an das Gericht) stellt und als er ihre Zulässigkeit zunächst auf eigene Verantwortung hin zu prüfen und über ihre Ausführung zu beschließen hat. Aber wenn er auch nicht mehr in jedem Falle auf spezielle Weisung des Gerichts handelt und nicht mehr unter dessen fortlaufender Kontrolle steht, so ist er doch dem Gerichte untergeordnet. An das Vollstreckungsgericht hat man sich zu wenden, wenn er sich weigert, eine Vollstreckung (überhaupt oder dem Antrag gemäß) auszuführen, oder wenn sonstige Anträge, Einwendungen oder Erinnerungen erhoben werden sollen, welche die Art und Weise der begonnenen, aber noch nicht beendigten Vollstreckung oder das bei ihr zu beobachtende Verfahren oder die in Ansatz gebrachten Kosten betreffen.[5]) Das Vollstreckungsgericht trifft, wenn es die Vorstellung für begründet erachtet, die prozessual wirksamen Anordnungen:[6]) es gibt dem Gerichtsvollzieher den

---

[3]) ZPO. § 909. Fälle: §§ 390 II, 888, 889, 901, 933, KO. § 72, vgl. FGG. § 83 II.

[4]) Vgl. o. § 81. Die Österr. ExO. hat die Fehler, welche unsere ZPO. gemacht hat, glücklich vermieden. Die Vollstreckungsgesuche gehen stets an das Gericht, welches die Exekution entweder selbst ausführt oder durch untergeordnete Organe „im Auftrag und unter Leitung des Gerichts“ ausführen läßt (ExekO. §§ 16, 24/5).

[5]) So ZPO. § 766. Soweit der § 766 reicht, ist eine Klage des Gläubigers (z. B. auf Übernahme des „Auftrags“ oder auf seine Ausführung) ausgeschlossen. Das erkennen auch die Anhänger der Mandatstheorie an, vgl. z. B. Seuffert, Erl. 2, c, Gaupp-Stein, Erl. III, b zu § 766, Rottmann 38. Eine solche Klage ist ebensowenig möglich, wie eine Klage gegen den Richter oder Gerichtsschreiber auf Erfüllung seiner Amtspflicht. Der Grund ist eben die publizistische Natur dieser Verpflichtung; auf ihr beruht der § 766, und er enthält keineswegs einen singulären Ausschluß des Rechtswegs über die von den Gegnern behaupteten privatrechtlichen Ansprüche. Zutreffend Riedinger, Besitz 33 f. gegen v. Welck bei Gruchot 36 543. Der Weg des § 766 ist auch zu beschreiten, wenn der (noch im Amt befindliche, vgl. RG. 32 S. 372) Gerichtsvollzieher der Partei nach Rücknahme des Auftrags den Titel nicht wieder herausgibt oder sich weigert, den Erlös herauszugeben, weil er hinterlegt werden müsse. (A. M. Falckmann, Zwangsvollstr. (2) 291.) Dagegen ist § 766 unanwendbar, soweit Schadensersatz wegen einer Verletzung der Beamtenpflicht verlangt wird (z. B. wegen Unterschlagung, Beschädigung der gepfändeten Sachen). — Dem Gesagten entspricht, daß auch die Kostenforderung nicht durch Klage zu verfolgen ist, vgl. o. § 83 III 2a a. E.

[6]) Sie sind ihrem Wesen und ihrer Wirkung nach zu unterscheiden von den Maßnahmen, die im Aufsichtswege von der Aufsichtsbehörde ausgehen (vgl. u. § 85 III). Diese haben prozessual keine Bedeutung, so z. B. nicht für § 775 Nr. 1, nicht für § 793 ZPO. — Bei der Verweigerung von Zustellungen (überhaupt oder in ordnungsmäßiger Weise) fehlt eine dem § 766 ZPO. entsprechende Vorschrift.

nötigen Dienstbefehl [7]) zur Vornahme einer Vollstreckungsmaßregel oder es ordnet die Aufhebung oder Beschränkung einer Vollstreckungsmaßregel an.[8]) Das Vollstreckungsgericht steht also über dem Gerichtsvollzieher, aber nicht nur in der Art, wie die untere Instanz unter der höheren steht, sondern so, daß die volle Vollstreckungsgewalt in der Hand des Vollstreckungsgerichts liegt. Das Besondere ist nur, daß es sie in der Regel nicht ausübt, sondern daß zunächst der Gerichtsvollzieher entscheidet. Aber sobald die Entscheidung des Gerichts angerufen wird, tritt dieses in Tätigkeit,[9]) und erst dadurch, daß die volle Autorität des Vollstreckungsgerichts die Entscheidung des Gerichtsvollziehers aufrecht erhält, wird die Beschwerde ermöglicht.[10])

Man kann das Gesagte kurz in der Formel zusammenfassen: Der Gerichtsvollzieher (als Behörde) ist ein vorläufig selbständig handelndes Unterorgan des Vollstreckungsgerichts in derselben Art, wie es der Gerichtsschreiber bezüglich der in § 82 hervorgehobenen Funktionen im Verhältnis zu seinem Gericht ist.[11])

III. Die Stellung des Gerichtsvollziehers (als Behörde) gegenüber den Parteien.

Wo den Parteien das Gericht gegenübersteht, muß ihr Verhältnis zu der richterlichen Behörde und zu den sie jeweilig bildenden Gerichtspersonen unterschieden werden; das zuerst bezeichnete Verhältnis bildet allein das Prozeßverhältnis.[12]) Ebenso ist hier zu unterscheiden zwischen dem Verhältnis zu der Gerichtsvollzieherbehörde und dem Beamten, der als Gerichtsvollzieher die ihr anvertraute Amtsgewalt ausübt. Während dieser Unterschied bei dem Gericht und der Gerichtsschreiberei gar nicht verkannt werden kann, wird er hier deshalb so leicht und so vielfach übersehen, weil nach der reichsrechtlich als Regel vorausgesetzten (tatsächlich aber fast beseitigten)

Hier hilft allein der Aufsichtsweg. Eine Klage auf Zustellung ist ebenfalls nicht möglich (vgl. Note 5).

[7]) Nach der Preuß. GVO. § 33 Nr. 2 hat der Vollstreckungsrichter die Befugnis, die Befolgung des Befehls durch Ordnungsstrafen (bis 100 Mk.) zu erzwingen, wenngleich er nicht die administrative Aufsicht über den Gerichtsvollzieher hat.

[8]) Diese Anordnung ist vollstreckbar, ZPO. §§ 775, 794 Nr. 3.

[9]) Der Gerichtsvollzieher ist verpflichtet, der ihm erteilten Weisung zu gehorchen. Die sog. Selbständigkeit des Gerichtsvollziehers ist also nur eine vorläufige.

[10]) § 766 (mit § 793). Diese Regelung entspricht ganz der in § 576 bezüglich des Gerichtsschreibers getroffenen. Die nach § 766 und § 576 erhobene Vorstellung ist keine Beschwerde im technischen Sinne. Solche ist nur möglich gegen die Entscheidungen des Gerichts als des vollberechtigten Organs der Justizgewalt.

[11]) Wach I 323 nennt den Gerichtsvollzieher geradezu ein „Glied des Vollstreckungsgerichts". (Hierbei gebraucht Wach den Ausdruck Gericht = „Gesamtheit der die Gerichtsgewalt übenden Rechtspflegeorgane", vgl. I 313.) Planck I 126 will den GV. mit Hilfe der schon in § 82[4] bekämpften Fiktionen zum „speziellen Beauftragten" des Richters machen. — Indem wir ihn als Organ bezeichnen, soll damit gerade zum Ausdruck gebracht werden, daß er dem Vollstreckungsgericht gegenüber eine gewisse Selbständigkeit hat. Auch der Vorsitzende ist Organ des Gerichts, aber weit selbständiger, weshalb er o. § 77[4] als Nebenorgan bezeichnet wurde.

[12]) Vgl. o. § 69 I, 1 (S. 28).

Organisation die Gerichtsvollzieher**behörde** keinen besonderen Namen führt und weil der Gerichtsvollzieher nur in der Einzahl tätig wird.

1. Die Zustellung besteht einerseits in der prozessual wirksamen Übergabe des Schriftstücks oder in Handlungen, durch die der Gerichtsvollzieher (niemals die Partei!) diese Übergabe ersetzen kann (ZPO. §§ 170, 181/6), anderseits in der Beurkundung des Geschehenen (§§ 190 f.). In beiden Beziehungen handelt der Gerichtsvollzieher nicht als Vertreter des Gläubigers,[12a]) auch nicht als dessen Bote, sondern kraft seiner Eigenschaft als **Beamter**, also als staatliches Organ.[12b]) Damit die Zustellung für den konkreten Prozeß Bedeutung habe und die Pflicht zur Zahlung der Zustellungsgebühren erzeuge, ist erforderlich, daß die Partei oder (bei Zustellungen von Amts wegen) der Gerichtsschreiber den Gerichtsvollzieher mit der Zustellung betraut hat. Das Gesetz (§§ 166, 208 I) nennt dies eine Beauftragung, definiert sie in § 167 I zutreffend als die Ermächtigung zur Vornahme der Zustellung und bestimmt, daß die (einseitige) an den Gerichtsvollzieher[13]) gerichtete Erklärung genügt, um die Ermächtigung zur Vornahme der Amtshandlung zu geben. Eine **Annahme**erklärung des Gerichtsvollziehers wäre notwendig, wenn es sich um ein Vertragsverhältnis zwischen der Partei und dem Gerichtsvollzieher handelte. Das Gesetz weiß aber von einer solchen Annahme nichts, obwohl es die Ermächtigung einen Auftrag nennt. Die Beauftragung begründet nicht mehr und nicht weniger als Recht und Amtspflicht zur Zustellung und die Gebührenpflicht der Partei nach Maßgabe der Gebührenordnung.[14])

2. Bei der Zwangsvollstreckung übt der Gerichtsvollzieher als Organ der Staatsgewalt die obrigkeitliche Zwangsgewalt aus und erzeugt dadurch Rechtswirkungen zu Gunsten des Gläubigers. Ein everbreitete, sich besonders auf die Judikatur des Reichsgerichts[15]) stützende Ansicht begründet dies damit, daß er als Beamter der **Vertreter** des Gläubigers sei; die Vertretungsmacht soll er dadurch erlangen, daß der Gläubiger ihm den „Auf-

---

[12a]) So auch RG. 48 S. 413 (Verein. Sen.), Seuffert, Erl. 2 zu § 232 c. cit. Vgl. unten § 121; dort auch über die Frage, ob er Bote sei.

[12b]) Daß auch die Zustellung eine Ausübung der staatlichen Gerichtsbarkeit enthält und daß der Gerichtsvollzieher oder die von ihm ersuchte Postbehörde dabei keineswegs nur als Bote der Partei oder als ihr Vertreter erscheint, zeigt sich schlagend darin, daß der Gerichtsvollzieher an Exterritoriale nicht zustellen darf. (Über Einzelheiten [Zustellung mit ihrer Zustimmung] s. für Preußen: Geschäftsanweisung für GV. § 1 Nr. 3.) Das Charakteristische des Zustellungsaktes liegt auch nicht in der publica fides des Gerichtsvollziehers. Auch der Notar hat diese. Aber trotzdem ist es keine Zustellung, wenn er etwa das zuzustellende Schriftstück dem Adressaten übergibt und darüber eine (öffentliche) Urkunde (nach Art des Wechselprotestes) aufnimmt.

[13]) An das Gerichtsvollzieheramt, an die Verteilungsstelle, vgl. o. § 83 III, 1.

[14]) Von dieser Auffassung gehen auch die landesrechtlichen Ausführungsvorschriften aus, vgl. über Preußen o. § 83 S. 100 f.

[15]) Vgl. nam. RG. 16 Nr. 99 (Verein. Sen.). Die folgenden Erörterungen kehren sich vorzugsweise gegen diese Plenarentscheidung, weil die herrschende Meinung sich im wesentlichen auf sie gründet und ihre Argumente wiederholt. In RG. 56 S. 85 f. ist sie vom RG. selbst zwar formell aufrechterhalten, der **Sache** nach aber preisgegeben.

trag" zur Vollstreckung erteile. Dies ist nicht richtig. Seine Stellung gegenüber dem Gläubiger, für den er vollstreckt, ist in diesen Beziehungen dieselbe, wie die Stellung des Vollstreckungsgerichts. Ebenso wie dieses handelt der Gerichtsvollzieher bei der Zwangsvollstreckung zwar auf Antrag des Gläubigers, aber nicht als dessen Stellvertreter.

Da von dieser Frage die richtige Erkenntnis des Wesens der Vollstreckung überhaupt abhängig ist, so muß auf sie näher eingegangen werden. Zuvor aber ist darauf aufmerksam zu machen, daß diese Frage ganz unabhängig ist von der anderen Frage, ob der Gerichtsvollzieher (als der gerade die betreffende Dienststelle bekleidende Beamte) mit dem Gläubiger in einem Vertragsverhältnis stehe. Es ist unrichtig, wenn man sagt: da er Beauftragter ist, so ist er Vertreter des Gläubigers, oder umgekehrt: da er ihn vertritt, so ist er Beauftragter.[16]) Solche Aufstellungen beruhen auf der Verwechselung des internen Verhältnisses, in dem derjenige, der für einen anderen tätig wird, zu diesem steht, und des Verhältnisses nach außen. Das Innenverhältnis kann Auftrag oder irgendwelcher anderer Art sein, ohne daß deshalb der Geschäftsbesorger Vertreter zu sein braucht. Umgekehrt kann Vertreterschaft vorliegen, ohne daß nach innen ein Auftrags- oder sonstiges Vertragsverhältnis gegeben sein müßte.[17]) Überdies wird hierbei die Stellung der Gerichtsvollzieherbehörde und des sie repräsentierenden Beamten nicht auseinandergehalten.

Daß der Gerichtsvollzieher bei der Zwangsvollstreckung[17a]) nicht Vertreter des Gläubigers (weder im privatrechtlichen Sinne, noch in dem Sinne, in dem die ZPO. den Ausdruck gebraucht)[18]) ist, geht aus folgenden Erwägungen hervor.[19])

---

[16]) Vgl. z. B. RG. 16 S. 402, 406.

[17]) Daß Auftrag und Vollmacht nur verschiedene Seiten desselben Rechtsverhältnisses bezeichneten, war früher die allgemeine Auffassung. Erst die neuere Zeit hat erkannt, daß beide Verhältnisse scharf geschieden werden müssen. (Vgl. u. § 120.) Jetzt ist dies auf Grund des BGB. eine landläufige Wahrheit. Trotzdem findet man bei Gaupp-Stein, Erl. I A. 2 zu § 753 noch die Verwechselung („die Vertretungsbefugnis des GV. als Beauftragten des Gläubigers"), ebenso bei Falckmann ZV. (2) S. 287 („Nach der Mandatstheorie besorgt dagegen der GV. ein Geschäft des Gläubigers und handelt bei der Zwangsvollstreckung als dessen Beauftragter [BGB. § 164]").

[17a]) Anders bei Rechtsgeschäften, die der GV. gelegentlich der Zwangsvollstreckung im Namen des Gläubigers vornimmt (vgl. u. 2d [S. 114]), und bei der freiwilligen Versteigerung, die er im Auftrag des Gläubigers besorgt (so auch im Falle BGB. § 1235 im Gegensatz zu § 1233 II). Hier übt er keinerlei staatliche Gewalt aus, sondern handelt als Vertreter der Privaten und empfängt lediglich von diesen die Legitimation zur Vornahme der Rechtshandlung. Über das interne Verhältnis vgl. u. l. cit.

[18]) Z. B. §§ 78, 90.

[19]) Die Motive zum Entw. der ZPO. § 623 meinen, aus der Selbständigkeit gegenüber dem Gericht folge seine Stellung als Beauftragter des Gläubigers. Dies widerlegt sich aus dem unter II Gesagten, namentlich durch den Hinweis darauf, daß dann auch der Gerichtsschreiber (Note 10) Beauftragter sein müßte. Struckmann-Koch, Erl. 1 zu § 753 folgert jene Behauptung aus dem Parteibetrieb. Aber gilt dieser nicht auch gegenüber dem Vollstreckungsgericht?

a) Sind die Voraussetzungen, von denen das Prozeßrecht die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung abhängig macht, vorhanden, so hat derjenige, zu dessen Gunsten der Vollstreckungstitel lautet (der Vollstreckungsberechtigte, der „Gläubiger" im Sinne des 8. Buchs der ZPO.), das publizistische Vollstreckungsrecht:[20]) er kann von dem Staat in seinen dazu eingesetzten Organen verlangen, daß sie die staatlichen Machtmittel gebrauchen, um das in der Verurteilung oder in dem sonstigen Titel vorausgesetzte Privatrecht zu verwirklichen.[21]) Letzteres kann der „Gläubiger" selbst nicht, aber nicht etwa deshalb, weil ihm der Staat nur die Fähigkeit, selbst zu vollstrecken, entzogen hat, sondern deshalb, weil unsere Rechtsordnung auch dem Anspruchsberechtigten durch das Verbot der Selbsthilfe das Recht abspricht, Gewalt gegen die Person oder das Vermögen des Verpflichteten zu üben und Rechte aus diesem Vermögen in das eigene zu übertragen oder Rechte an diesem zu begründen.[22]) Um solchen Eingriff in die Handlungsfreiheit und in die Vermögensrechte aber (nicht nur um die Veränderung der Besitzverhältnisse) handelt es sich sowohl bei der Tätigkeit des Vollstreckungsgerichts wie bei der des Gerichtsvollziehers. Beide begründen Rechte für den Gläubiger, aber beide sind nicht seine Vertreter, weil sie Rechte ausüben, die dem Staat, nicht dem „Gläubiger" zustehen[23]) und deshalb durch des letzteren Vertreter nicht ausgeübt werden können.[24]) Auch durch den

[20]) Wach I 321/2 nennt diese Erscheinungsform des Rechtsschutzanspruchs den Vollstreckungsanspruch.

[21]) Das publizistische Vollstreckungsrecht ist vorhanden, auch wenn das Urteil nur vorläufig vollstreckbar ist, ja auch dann, wenn der Titel nicht ein Urteil ist (§ 794), z. B. eine vollstreckbare Urkunde. Es ist also nicht dadurch bedingt, daß der Privatrechtsanspruch existiert. Auch wenn die Verurteilung wegen einer Nichtschuld ergangen ist, ist es vorhanden, bis das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil aufgehoben ist. Das Vollstreckungsrecht kann deshalb nicht ein Ausfluß des Privatrechtsanspruchs sein. Vgl. hierzu und zum Folgenden einstweilen Hellwig, Klagr. u. Klagmögl. § 3.

[22]) Die in § 229 BGB. ausnahmsweise gestattete Tätigkeit kann, soweit es sich um ein Recht auf ein positives Tun des Verpflichteten handelt, nicht Selbstbefriedigung, sondern nur provisorische Rechtssicherung herbeiführen. Vgl. o. Bd. 1, § 32 III. Mit Unrecht widerspricht Siber, Jherings Jahrb. 50 82 diesem Satze mit Rücksicht darauf, daß man im Wege der Selbsthilfe die Verletzung einer Unterlassungspflicht verhindern könne.

[23]) Durch die Vollstreckung wird nicht das Vollstreckungsrecht ausgeübt, sondern es wird dem Vollstreckungsanspruch Genüge geleistet, welchen der „Gläubiger" (als publizistisches Recht) gegen den Staat hat. Anders ausgedrückt: dadurch, daß der Staat vollstreckt, genügt er seiner Rechtsschutzpflicht gegenüber dem Gläubiger. Dieser übt das Vollstreckungsrecht dadurch aus, daß er die Vollstreckung beantragt und betreibt.

[24]) Dies übersieht Wach. Obwohl er Handb. I 318 richtig betont, daß der GV. nicht die Vollstreckungsgewalt der Partei, sondern seine Amtsgewalt handhabt, sagt er S. 322[28]: „Der Vertreter kann Handlungen für den Vertretenen vornehmen, zu denen dieser an und für sich nicht befähigt oder berechtigt wäre." Richtig ist dieser Satz nur dann, wenn die gesperrt gedruckten Worte gestrichen werden, also z. B. für den Minderjährigen, statt dessen der Vormund handelt, für die Partei, in deren Namen der Rechtsanwalt auftritt. Hier ersetzt der Vertreter Fähigkeiten, die dem Vertretenen fehlen, aber er gibt ihm nicht Rechte, die ihm nicht zustehen. (Unrichtig Rehbein BGB. 1 263.) Das Argument von Wach wird vom RG. 16 S. 409 (Verein. Sen.), Schmidt S. 797, Jäger Anm. 21 zu KO. § 30, Falckmann ZV. (2)

Gerichtsvollzieher handelt nicht die Partei,[25]) sondern auf ihren Antrag der Staat, indem er durch den Gerichtsvollzieher Staatshoheitsrechte ausüben läßt;[26]) die Rechte, die durch Zwangsvollstreckung begründet werden, beruhen nicht auf Rechtsgeschäften (des Privatrechts), sondern sie sind Zwangsverfügungen der Staatsgewalt;[27]) diese nimmt, nicht aber läßt sie sich vom „Schuldner" geben;[28]) Widerstand gegen den Gerichtsvollzieher ist Widerstand gegen die Staatsgewalt. Wäre der Gerichtsvollzieher Vertreter des Gläubigers, so wäre es also in Wahrheit der Staat, der in seinem Organe den Gläubiger verträte! Denn darüber kann doch kein Zweifel sein, daß die Handlungen,[29]) die ein Organ der Staatsgewalt als solches vornimmt, auf die Staatsgewalt zurückgehen und rechtlich wie die Handlungen des Staates behandelt werden.[30])

b) Die Vollstreckungshandlungen begründen Rechte für den „Gläubiger". Das Reichsgericht[31]) meint, daß diese Wirkung den Handlungen des Gerichtsvollziehers nur beigelegt werden kann, wenn man ihn „als den Mandatar des Gläubigers" ansieht. Aber dann müßte ja, wie schon von anderen Seiten hervorgehoben ist, von den Gegnern aber trotzdem nicht beachtet wird, auch das Vollstreckungsgericht „Mandatar" des Gläubigers sein![32]) Sodann ist zu beachten, daß es auch auf dem privatrechtlichen

---

S. 287/8 u. a. wiederholt, um die Vertretereigenschaft zu rechtfertigen. Vgl. dagegen auch Riedinger, Besitz an gepf. Sachen S. 36f., dessen Behauptung, nur innerhalb der privatrechtlichen Sphäre könne man vertreten werden, allerdings unrichtig ist.

[25]) So Schultze, Privatr. u. Prozeß 64f., Kohler ZZP. 33 234 u. a. Dagegen schon Riedinger, Besitz 12f. Daraus, daß die Partei ursprünglich auf Selbsthilfe angewiesen war, folgt nicht, daß die Vollstreckung auch jetzt noch staatlich organisierte und überwachte Selbsthilfe sei.

[26]) So auch RG. 56 S. 89 (VI. Sen.), und zwar auch in Beziehung auf diejenige Tätigkeit des GV., die in der Ablieferung der Gelder an den Gläubiger besteht. Ganz anders RG. 16 S. 409, vgl. u. § 84 (S. 114).

[27]) Das BGB. bringt dies jetzt ganz klar zum Ausdruck, vgl. z. B. §§ 135 I 2, 161 I 2, 2115. Wird dem Schuldner das Eigentum oder ein Forderungsrecht (ZPO. § 835 II) genommen und auf den Gläubiger übertragen, so ist dies eine staatliche Enteignung; von der zu öffentlichen Zwecken geschehenden unterscheidet sie sich durch den Grund und durch die Formen der Vollziehung und auch durch die Voraussetzungen ihrer Wirksamkeit.

[28]) Das RG. 57 S. 14/15 führt in trefflicher Weise aus, daß der Pflicht des Schuldners, die Zwangsvollstreckung über sich ergehen zu lassen, kein privatrechtlicher Anspruch des Gläubigers gegen ihn entspricht. Jene Pflicht ist nichts anderes als die Folge davon, daß der Schuldner der Staatsgewalt unterworfen ist. Vgl. näher Hellwig, Klagr. u. Klagmöglichkeit § 3, bes. S. 20.

[29]) Staatsrechtlich: z. B. die Urteilsfällung des Prozeßgerichts oder die Tätigkeit des Vollstreckungsgerichts; privatrechtlich: der Vertragsschluß des Postbeamten, die Tätigkeit der Organe der jurist. Person (vgl. auch BGB. § 31).

[30]) Daß der Staat in Preußen (zum größten Teil) und in anderen Bundesstaaten für das Verschulden seiner Organe nicht privatrechtlich haftet (vgl. EG. Art. 77 zum BGB.), ist kein Grund gegen das im Texte Gesagte.

[31]) Bd. 16 S. 407.

[32]) Falckmann (2) S. 285 beruft sich dafür, daß der GV. auch nach jetzigem Recht als Vertreter des Gläubigers anzusehen sei, auf den § 897 ZPO. Allein die Eigentumsübertragung oder die Konstituierung eines sonstigen Rechts (§ 897 II) beruht 1. auf dem richterlichen Urteil und 2. auf der Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher, die nur in Verbindung mit ersterem wirkt (vgl. Hellwig, Anspr. u. Klagr.

Gebiet (zu dem aber die Zwangsvollstreckung nicht gehört) zahlreiche Fälle gibt, in denen durch die Rechtshandlungen, die ein Dritter vornimmt, eine Rechtswirkung in der Person eines anderen eintritt, ohne daß deshalb der Dritte Vertreter des letzteren zu sein brauchte.[33])

c) **Jede** Vollstreckung darf nur erfolgen, wenn der Gläubiger sie betreibt. Er bestimmt den Gegenstand, auf den sie sich erstrecken soll;[34]) er kann, solange die Vollstreckung noch nicht beendigt ist, seinen Willen ändern und bewirken, daß sie nicht oder nur beschränkt stattfindet.[35]) Man kann also daraus, daß in diesen Beziehungen der Wille des Gläubigers auch gegenüber dem Gerichtsvollzieher maßgebend ist und die Vollstreckung beherrscht,[36]) unmöglich ableiten, daß dieser der Vertreter des Gläubigers sei. Wäre er es aus **diesem** Grunde, so müßte es auch das Vollstreckungsgericht sein.

Die Gegner stützen sich ferner ganz besonders darauf, daß jene Willensäußerung in dem Gesetz sonst Antrag, bei dem Gerichtsvollzieher aber „Auftrag" und der Gläubiger der „Auftraggeber" genannt werde.[37]) Man leitet daraus ab, daß die Stellung des Gerichtsvollziehers eine andere sei, als die des Vollstreckungsgerichts.[38]) Dieser Ausdruck, auf dessen „klaren Wortlaut" man sich beruft, wäre jedoch nur dann beweisend, wenn das Wort „Auftrag" einen festen juristischen Sinn hätte. Es gibt aber kaum einen Ausdruck, der sowohl im Verkehr wie in der Gesetzessprache einen weniger bestimmten Sinn hätte, als das Wort „Auftrag", „beauftragen". Es bezeichnet im Verkehr nicht mehr, als die Veranlassung zu einer Tätigkeit; welche juristische Bedeutung diese Veranlassung hat, ist mit dem Worte Auftrag noch nicht gesagt. Der Kaufmann spricht von den „Aufträgen",

---

§ 57, bes. S. 446, 450). Wenn mit der Wegnahme die Gefahr auf den Gläubiger übergeht, so beweist dies nichts dafür, daß dieser durch den GV. vertreten wäre. Was die Motive zu BGB. E. I § 875 (3 340) sagen, ist für die Auslegung nicht bindend.

[33]) Man denke an die Verträge auf Leistung an Dritte, bei denen der Versprechensempfänger den Dritten berechtigt, an die Verwaltungshandlungen, die der Ehemann suo nomine vornimmt und die trotzdem auch Rechte und Pflichten für die Ehefrau begründen können (z. B. BGB. §§ 1443, 1459), an die Rechtswirkungen, die der Testator für und gegen die von ihm Bedachten und Belasteten begründet.

[34]) Auf welches Grundstück? Auf welche Forderung oder welches sonstige Vermögensrecht? Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher, so hat er sogar weniger Einfluß, da der Gerichtsvollzieher die zu pfändenden Sachen in erster Linie nach dem Gesetz bzw. nach den Geschäftsanweisungen zu wählen und dabei auch die Interessen des Schuldners zu wahren hat. Vgl. Preuß. Gesch.Anw. § 57 Nr. 3.

[35]) Bestätigend z. B. ZPO. § 843, ZVG. §§ 29, 30.

[36]) Dieses vom RG. 16 S. 401 gebrauchte Argument wird in der Literatur vielfach wiederholt. Auch die in Form einer Fiktion gegebene Vorschrift der §§ 815 III und 819 spricht nicht für, sondern gegen jene Auffassung. Überdies ist in der reichsgerichtlichen Judikatur jetzt anerkannt, daß sie nicht mehr sagt, als daß die Befreiung des Schuldners eintritt, sobald das Geld in die Hände des Gerichtsvollziehers gelangt. Vgl. RG. 40 S. 291, 43 S. 178. Vollendet ist damit die Vollstreckung noch nicht.

[37]) ZPO. §§ 753/4, 827 und öfter.

[38]) So besonders RG. 16 S. 400 f.

die er zu Warenlieferungen erhalten hat; der Dienstberechtigte „beauftragt“ den Dienstverpflichteten, gemäß dem Vertrag ein Geschäft zu besorgen; der Vorgesetzte gibt seine Dienstbefehle als „Aufträge“. Was im technischen zivilrechtlichen Sinne als die Erteilung eines Mandats, als Beauftragung erscheint, wird im Verkehr wohl nie mit diesem Namen bezeichnet.[39])

Auch die Gesetzessprache verwendet den Ausdruck in verschiedenem Sinne. Die ZPO. selbst spricht vom „beauftragten“ Richter und meint damit alles andere eher, als die Bestellung eines Vertreters oder eine Beauftragung (im zivilistischen Sinne).[40]) § 2 des Preußischen Ausführungsgesetzes zum GVG. spricht davon, daß der Referendar mit der Wahrnehmung von richterlichen Geschäften „beauftragt“ werden kann, und meint damit nichts anderes, als die auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts liegende Begründung von Recht und Pflicht zu amtlicher Tätigkeit. Ganz in demselben Sinne redet das zitierte Gesetz in § 74 Nr. 3, wenn es von den Amtshandlungen spricht, die der Gerichtsvollzieher „im Auftrag des Gerichts“ vorzunehmen hat. Ganz besonders bezeichnend aber ist die Preußische GVO., die sowohl von einer generellen „Beauftragung“ mit Gerichtsvollziehergeschäften (= Anstellung), als von speziellen „amtlichen Aufträgen“ spricht.[41])

Diese leicht zu vermehrenden Beispiele[42]) beweisen bereits genügend das oben über den Sprachgebrauch der modernen Gesetze Gesagte. Daraus ergibt sich das eine als ganz unzweifelhaft: Aus dem Ausdruck „Auftrag“ kann weder darauf geschlossen werden, daß er die Bestellung eines Vertreters (im zivilistischen Sinne) bedeuten muß, noch darauf, daß es sich — in Ansehung des Innenverhältnisses — notwendig um die Eingehung eines privatrechtlichen Auftragsverhältnisses handelt.

Was der „Auftrag“ wirklich bedeutet, läßt sich in methodisch richtiger Weise nicht aus diesem Worte allein, sondern nur aus dem übrigen Inhalt des Gesetzes ermitteln.

Angesichts der Tatsache, daß die Gesetzessprache zur Zeit der Abfassung der ZPO. sowohl die Auftragserteilung als die Bevollmächtigung mit Auftrag bezeichnete, könnte es auch hier so sein. Bevollmächtigung ist einseitige Erklärung. Das ist, wie ZPO. § 754 in Verbindung mit § 755 ergibt, auch die Erteilung des „Auftrags“ an den Gerichtsvollzieher.[43]) Aber die Bevollmächtigung (im zivilrechtlichen Sinne) besteht darin, daß sie die

---

[39]) Man würde sich im höchsten Maße wundern, wenn man um die Besorgung einer Gefälligkeit nicht gebeten, sondern mit ihr „beauftragt“ würde.

[40]) Vgl. o. § 77 III, 2.

[41]) Vgl. GVO. §§ 35 f., 44 — §§ 20, 24, 40, 43/4, 54, vgl. o. S. 101. Auch die Preuß. Geschäftsanweisung für GV. identifiziert „Anweisung“ (durch die Staatsanwaltschaft) und Beauftragung (durch sie), vgl. z. B. § 7 Nr. 2.

[42]) Auch das Österr. Recht verwendet den Ausdruck „Auftrag“. Vgl. ExekO. § 16 (die Vollstreckungsorgane handeln „im Auftrag und unter Leitung des Gerichts“), § 25 (Ausführung der vom Gericht erteilten „Aufträge“).

[43]) Die zit. Paragraphen entsprechen dem § 167, dessen Auslegung o. bei Note 13 gegeben wurde.

Macht zur vertretungsweisen Vornahme eines (zivilrechtlichen) Rechtsgeschäfts einräumt und daß, soweit durch seine Vornahme Rechte und Befugnisse begründet werden, diese dem Vollmachtgeber zustehen sollen. Da alles dies bei der Vollstreckungstätigkeit des Gerichtsvollziehers nicht zutrifft, so kann auch die „Beauftragung" nicht Einräumung der Vertretungsmacht (Bestellung eines Vertreters) sein.[44])

In Wahrheit ist die einseitige Erklärung, die in der Beauftragung liegt, eine Prozeßhandlung, durch die der staatliche Rechtsschutz nachgesucht wird. Ihre Wirkung ist nicht privatrechtlich, sondern prozeßrechtlich. Sie ist derselben Art, wie der „Antrag" auf Zwangsvollstreckung, der bei dem Vollstreckungsgericht gestellt wird. Das Gesetz bezeichnet diese Prozeßhandlung bei der Angehung des Gerichtsvollziehers offenbar nur deshalb nicht als Antrag, sondern als Beauftragung, weil man sich bei Abfassung der ZPO. den Gerichtsvollzieher nach Art des französischen huissier und des Anwalts als einen auf eigene Rechnung handelnden Gewerbetreibenden gedacht hat.[45])

Wie die Klage, so hat auch das Vollstreckungsgesuch eine doppelte Wirkung. Direkt begründet es das Prozeßverhältnis zwischen der Partei und der angegangenen Behörde, indirekt aber hat es auch Wirkung auf denjenigen Beamten, der gerade die Behörde bildet. Ganz deutlich wird diese Doppelwirkung, wenn die Gerichtsvollzieherbehörde als Gerichtsvollzieheramt (Verteilungsstelle) organisiert ist. Das Vollstreckungsgesuch ist in wirksamer Weise gestellt, wenn es an die Behörde gestellt ist; die Pflicht des bestimmten Vollstreckungsbeamten ist erst vorhanden, wenn ihm die Ausführung der Vollstreckung „zugeteilt" ist.[46])

Diese Unterscheidung ist auch da zu machen, wo ein Gerichtsvollzieheramt nicht besteht oder wo trotz seines Bestehens der Gerichtsvollzieher direkt angegangen werden kann. Das an ihn als Behörde gerichtete Gesuch ist auch dann vorhanden, wenn er aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen an der Ausführung der Vollstreckung verhindert ist, also die persönliche Vollstreckungspflicht nicht überkommt.[47]) Das Gesuch bleibt wirksam, auch

---

[44]) Auf die Frage, ob die „Beauftragung" nicht wenigstens ein Vertragsverhältnis oder ein anderes zivilrechtliches Verpflichtungsverhältnis zwischen dem GV. und dem Gläubiger erzeugt, ist u. IV (S. 115 f.) zurückzukommen. Auch wenn es zu bejahen wäre, würde daraus nicht folgen, daß der GV. Vertreter des Gläubigers sei.

[45]) Vgl. hierüber und über die kraft reichsgesetzlicher Erlaubnis ganz anders gestaltete wirkliche Stellung der GV. o. § 84 II.

[46]) Vgl. näher o. § 83 III, 1 (S. 100 f.).

[47]) Dann tritt statt seiner ein anderer Beamter (sein „Vertreter") nach Maßgabe der landesrechtlichen Bestimmungen (nicht kraft des Willens des GV.!) ein, vgl. hierüber näher o. § 83 III, 1 (S. 100). Bezeichnend für die Folgen der Mandatstheorie ist es, daß Falckmann ZB. (2) 289 f. den Satz, daß der Gerichtsvollzieher die Ausführung eines Dienstgeschäfts nicht auf eine andere Person übertragen darf, aus dem privatrechtlichen Gesichtspunkt des § 613 BGB. begründet und sich dann nur auf die GVO. zur Bestätigung beruft. Beim Eintritt eines anderen GV. sucht Falck-

wenn der Gerichtsvollzieher, der zuerst diese Pflicht hatte, durch Tod oder aus anderen Gründen wegfällt. Dadurch erlischt seine Amtspflicht, nicht aber das Rechtsverhältnis, in welches der Antragsteller zum Staat oder genauer: zu der durch den Weggefallenen repräsentierten staatlichen Behörde getreten war. Reichsgesetzlich sind diese Situationen nicht geregelt.[48]) Nur in einem besonderen Fall gibt die ZPO. eine Vorschrift.[49])

Das Ergebnis unserer Untersuchungen ist hiernach: Der „Gläubiger" betreibt die Vollstreckung, aber er nimmt sie weder selbst vor, noch läßt er sie durch einen Vertreter vornehmen. Die „Beauftragung" ist beim Gerichtsvollzieher, wie der Antrag an das Vollstreckungsgericht, ein publizistischer Rechtsakt. Dieser fällt nicht unter den § 831 BGB.,[50]) der sich auf den Privatrechtsverkehr bezieht, nicht aber auf die Angehung der Rechtsschutzorgane. Danach beantwortet sich auch die Frage, ob der Gläubiger dem Schuldner oder Dritten[51]) auf Schadensersatz haftet, wenn der Gerichtsvollzieher ihnen rechtswidrig Schaden zufügt. Der Gläubiger haftet nur, wenn er zu der Handlung angestiftet oder Beihilfe geleistet hat, also nach BGB. § 830.[52]) Da der Gerichtsvollzieher bei der Vollstreckung (einschließlich der Empfangnahme der Leistung) nicht Vertreter des Gläubigers ist, so schadet auch seine Kenntnis von der Zahlungseinstellung (KO. § 30) dem Gläubiger nicht.[53])

d) Eine Besonderheit in der Stellung des Gerichtsvollziehers liegt lediglich darin, daß er auch als Vertreter in der Vornahme von zivilrechtlichen Rechtsgeschäften benutzt werden kann, was bei dem Vollstreckungsrichter

---

mann S. 289, 290 die Vertragstheorie durch die Fiktion zu retten, hier sei es so anzusehen, als sei dieser unmittelbar vom Gläubiger beauftragt.

[48]) Die Regelung des Landesrechts entspricht allgemeinen publizistischen Grundsätzen, wie sie bezüglich der Richter wegen der größeren Wichtigkeit ihrer Tätigkeit im GVG. ausgesprochen und in allen Einzelheiten bestimmt sind.

[49]) ZPO. § 827 („der Auftrag geht kraft Gesetzes auf den ersten GV. über"). Auch hier hilft Falkmann 289 mit der in Note 47 berichteten Fiktion.

[50]) Vgl. auch o. § 83 bei Note 18.

[51]) Z. B., wenn er dem Drittbesitzer eigenmächtig (unter Verstoß gegen § 809) den Besitz entzieht.

[52]) Richtig Seuffert, Erl. 3 zu § 755. A. M. Gaupp-Stein nach Note 8 zu § 753, Erl. 4 zu § 755, wo er den § 831 BGB. für anwendbar hält, Falkmann ZV. (2) 287 (in Widerspruch mit S. 291) u. a. Mit Unrecht beruft sich F. auf BGB. § 166, der sich nur auf Rechtsgeschäfte bezieht und für die außerkontraktliche Haftung aus unerlaubter Handlung selbst dann nicht in Betracht käme, wenn der GV. Vertreter wäre. RG. 39 S. 160 kommt für unsere Frage nicht in Betracht, weil hier nur verneint wird, daß der Gläubiger bei bösem Glauben des GV. ein Pfandrecht an fremden Sachen erwirbt (was auch bei gutem Glauben nicht der Fall ist); ebenso nicht RG. 43 S. 178, wo in der Begründung der richtigen Entscheidung (daß der Gläubiger nicht Eigentümer von weggenommenem fremden Geld wird) die ganz irrelevante Frage erörtert (und bejaht) wird, ob der GV. Vertreter des Gläubigers sei.

[53]) So auch (inkonsequent) die Judikatur (auch des RG.) und die überwiegende Meinung, vgl. Jäger Anm. 21 zu § 30 c. cit. A. M. R. Schmidt 797, Falkmann ZV. (2) 287. — Eine ganz andere als die im Text erörterte Frage ist die, ob und wie weit der Gläubiger dem Schuldner haftet, weil er die Zwangsvollstreckung betrieb, ohne einen (materiellen) Anspruch zu haben. Vgl. über solchen Mißbrauch des Vollstreckungsrechts Hellwig, Klagr. u. Klagmöglichkeit § 3 S. 23/4.

nach seiner höheren Stellung und nach der ganzen Art, in der sich seine Vollstreckungstätigkeit abspielt, nicht in Frage kommen kann. So kann der Gläubiger durch den Gerichtsvollzieher eine Gegenleistung anbieten,[54]) Stundung gewähren (etwa gegen eine Abschlagszahlung) oder eine Sache an Zahlungsstatt annehmen lassen oder mit Dritten Vereinbarungen treffen. Hierzu bedarf es einer besonderen Ermächtigung, die nichts anderes als eine Bevollmächtigung ist und unter den Grundsätzen des BGB. steht. Bei solchen Rechtsgeschäften ist der Gerichtsvollzieher in der Tat der Vertreter des Gläubigers (nach außen) und der Besorger eines von diesem ihm aufgetragenen und vom Gerichtsvollzieher vertragsmäßig übernommenen Geschäfts (nach innen). Mit Rücksicht auf diese Fälle — aber auch nur auf sie — kann man von einer Doppelstellung des Gerichtsvollziehers sprechen.

Zu dieser Art von Rechtsgeschäften gehört die Annahme der vom Schuldner zur Vermeidung der Vollstreckung geleisteten Zahlung ebensowenig, wie die Wegnahme des beizutreibenden Geldbetrags (ZPO. § 815 III) oder die Empfangnahme des Erlöses nach bewirkter Versteigerung (§ 819) und die in allen diesen Fällen dem Gerichtsvollzieher obliegende Erteilung der Quittung[55]) und Aushändigung der vollstreckbaren Ausfertigung an den Schuldner (§ 757 I). Der Gerichtsvollzieher ist gesetzlich verpflichtet, vor Beginn der Vollstreckung den Schuldner zur Leistung aufzufordern, und ebenso hat er die Amtspflicht, sie anzunehmen.[56]) Die Empfangnahme befreit den Schuldner kraft Gesetzes auf Grund der bloßen Tatsache, daß der Gerichtsvollzieher im Besitz der Ausfertigung ist, also ohne und selbst gegen den Willen des Gläubigers (§ 755), nicht etwa kraft seiner Vollmacht, also nicht kraft der privatrechtlichen Stellvertretung, sondern — ebenso wie in den oben hervorgehobenen Fällen der §§ 815 und 819 — kraft Prozeßrechtssatzes: die Empfangnahme ist eine Amtshandlung, die der Gerichtsvollzieher kraft der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vornimmt[57]) und zu der er Recht und Pflicht vom Gesetz deshalb erhält, weil es widersinnig wäre, eine Pfändung vornehmen zu lassen, wenn ihr Ziel (die Befriedigung des Gläubigers) sich auf einem einfacheren Wege erreichen läßt. Die Empfangnahme durch den Gerichtsvollzieher steht in ihren Wirkungen der Zahlung an den Gläubiger oder an dessen Bevollmächtigten

[54]) ZPO. § 756 sieht diese Möglichkeit vor. Anders im Falle des § 765.

[55]) Daß die Quittung des Gerichtsvollziehers nicht als eine von einem Vertreter des Gläubigers erteilte aufgefaßt wird, erhellt aus dem Gesetz selbst (§ 757 II).

[56]) Vgl. z. B. Preuß. GeschAnw. § 50 Nr. 2, 3. Eine entgegengesetzte Anweisung des Gläubigers hat als contra legem verstoßend auch im internen Verhältnis keine Bedeutung (a. M. Seuffert, Erl. 2 zu § 755). — Daß Verzug des Gläubigers eintritt, wenn der GV. die Zahlung nicht annimmt, ist aus BGB. § 293 nur im Wege der Analogie abzuleiten.

[57]) Zu diesem Ergebnis ist jetzt auch RG. 56 S. 89 f. gelangt. Bezeichnend ist, daß die Österr. ExekO. § 25 II, der der Gedanke an eine Vertretung des Gläubigers völlig fern liegt, ebenfalls dem Vollstreckungsbeamten die im Text besprochenen Befugnisse (Ö. ZPO. §§ 754, 757) gewährt.

in gewissen Beziehungen gleich, ist aber trotzdem ein eigenartiger Tatbestand.[58])

IV. Das Verhältnis des Gläubigers zu der Person des Gerichtsvollziehers.

Bisher wurde von der Stellung des Gerichtsvollziehers als Behörde[59]) gegenüber den Parteien gesprochen. Das Ergebnis ist: Er handelt nicht als Vertreter des Gläubigers, sondern als Organ der Staatsgewalt, die durch den Antrag auf Zwangsvollstreckung in Bewegung gesetzt wird, um dem Gläubiger Rechtsschutz zu erteilen. Eine weitere Frage ist, ob der Gläubiger zu dem bestimmten Gerichtsvollzieher, dem die Ausführung der Zwangsvollstreckung obliegt, in einem Vertragsverhältnis steht. Ein solches wäre denkbar,[59a]) ebenso wie es denkbar wäre, daß der Kläger — zwar nicht zu dem Gerichte, aber doch — zu den dasselbe repräsentierenden Richterpersonen in einem zivilrechtlichen Vertragsverhältnis stünde. Aber eine solche Regelung ist in dem einen Falle ebensowenig vom Gesetz gegeben, wie in dem anderen.

Eine verbreitete Meinung nimmt an, der Gerichtsvollzieher stehe zu dem Gläubiger in einem Vertragsverhältnis. Die führende Entscheidung des Reichsgerichts nimmt ein Auftragsverhältnis an; sie schließt aus dem Gebrauch des Wortes Auftrag, daß das Gesetz „mit diesem ein bestimmtes zivilrechtliches Verhältnis bezeichnenden Ausdruck" eben dieses gemeint habe.[60]) Es wurde aber bereits oben (S. 110/1) nachgewiesen, daß jener Ausdruck keineswegs einen bestimmten eindeutigen Sinn hat. Jetzt sieht sich auch das Reichsgericht genötigt, ihn in einem uneigentlichen Sinne zu verstehen. Es nimmt jetzt an, er bedeute einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande habe.[61]) Andere lehren, es liege ein Werkvertrag vor und der Gerichtsvollzieher sei ein Werkunternehmer.[62])

---

[58]) Bunsen, Zwangsvollstr. 128 leugnet Vertretung und lehrt, der GV. sei solutionis causa adjectus. Aber was ist damit gewonnen? Riedinger, Besitz 18 vergleicht den Vorgang mit der Hinterlegung zur Schuldbefreiung.

[59]) Über diese wichtige Unterscheidung vgl. o. III (S. 105). Daß der Staat durch sein Organ mit dem Gläubiger in ein Vertragsverhältnis trete, ist ein so absurder Gedanke, daß er kaum zurückgewiesen zu werden braucht.

[59a]) Es liegt in der Tat vor, wenn der GV. gelegentlich seiner Vollstreckungstätigkeit (einschließlich der Empfangnahme der Zahlung) Rechtsgeschäfte mit dem Schuldner oder Dritten vornimmt oder freiwillige Versteigerung bewirkt. Seine Beamtenstellung hat nur die Bedeutung, daß sie ihn, soweit das Landesrecht es bestimmt (vgl. Pr. AG. § 74), zwingt, einen solchen Auftrag anzunehmen. Hier handelt es sich wirklich um die Annahme eines Vertragsangebotes, deren Verweigerung nach §§ 663, 823 II BGB. haftbar macht. Vgl. o. III 2 d (S. 114 oben).

[60]) RG. 16 S. 400. Auftrag nehmen an alle Kommentare (vgl. aber jetzt Note 61/2), Wach I 322[28] und Vorträge (2) 330, Schultze, Privatr. u. Prozeß 68, Westerburg bei Gruchot 23 504, Glasenapp 24 248, v. Welck 36 497, Jastrow ziv. Arch. 68 358, Dunckhase das. 77 100.

[61]) RG. 56 S. 90. Ebenso Gaupp-Stein Note 11 zu § 753, Weismann I 274, Falkmann ZV. (2) 285 u. a.

[62]) So Rottmann, Stellung des GV. 29, Seuffert, Erl. 4 zu § 166. Diese An-

Macht zur vertretungsweisen Vornahme eines (zivilrechtlichen) Rechtsgeschäfts einräumt und daß, soweit durch seine Vornahme Rechte und Befugnisse begründet werden, diese dem Vollmachtgeber zustehen sollen. Da alles dies bei der Vollstreckungstätigkeit des Gerichtsvollziehers nicht zutrifft, so kann auch die „Beauftragung“ nicht Einräumung der Vertretungsmacht (Bestellung eines Vertreters) sein.[44])

In Wahrheit ist die einseitige Erklärung, die in der Beauftragung liegt, eine Prozeßhandlung, durch die der staatliche Rechtsschutz nachgesucht wird. Ihre Wirkung ist nicht privatrechtlich, sondern prozeßrechtlich. Sie ist derselben Art, wie der „Antrag“ auf Zwangsvollstreckung, der bei dem Vollstreckungsgericht gestellt wird. Das Gesetz bezeichnet diese Prozeßhandlung bei der Angehung des Gerichtsvollziehers offenbar nur deshalb nicht als Antrag, sondern als Beauftragung, weil man sich bei Abfassung der ZPO. den Gerichtsvollzieher nach Art des französischen huissier und des Anwalts als einen auf eigene Rechnung handelnden Gewerbetreibenden gedacht hat.[45])

Wie die Klage, so hat auch das Vollstreckungsgesuch eine doppelte Wirkung. Direkt begründet es das Prozeßverhältnis zwischen der Partei und der angegangenen Behörde, indirekt aber hat es auch Wirkung auf denjenigen Beamten, der gerade die Behörde bildet. Ganz deutlich wird diese Doppelwirkung, wenn die Gerichtsvollzieherbehörde als Gerichtsvollzieheramt (Verteilungsstelle) organisiert ist. Das Vollstreckungsgesuch ist in wirksamer Weise gestellt, wenn es an die Behörde gestellt ist; die Pflicht des bestimmten Vollstreckungsbeamten ist erst vorhanden, wenn ihm die Ausführung der Vollstreckung „zugeteilt“ ist.[46])

Diese Unterscheidung ist auch da zu machen, wo ein Gerichtsvollzieheramt nicht besteht oder wo trotz seines Bestehens der Gerichtsvollzieher direkt angegangen werden kann. Das an ihn als Behörde gerichtete Gesuch ist auch dann vorhanden, wenn er aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen an der Ausführung der Vollstreckung verhindert ist, also die persönliche Vollstreckungspflicht nicht überkommt.[47]) Das Gesuch bleibt wirksam, auch

---

[44]) Auf die Frage, ob die „Beauftragung“ nicht wenigstens ein Vertragsverhältnis oder ein anderes zivilrechtliches Verpflichtungsverhältnis zwischen dem GV. und dem Gläubiger erzeugt, ist u. IV (S. 115 f.) zurückzukommen. Auch wenn es zu bejahen wäre, würde daraus nicht folgen, daß der GV. Vertreter des Gläubigers sei.

[45]) Vgl. hierüber und über die kraft reichsgesetzlicher Erlaubnis ganz anders gestaltete wirkliche Stellung der GV. o. § 84 II.

[46]) Vgl. näher o. § 83 III, 1 (S. 100 f.).

[47]) Dann tritt statt seiner ein anderer Beamter (sein „Vertreter“) nach Maßgabe der landesrechtlichen Bestimmungen (nicht kraft des Willens des GV.!) ein, vgl. hierüber näher o. § 83 III, 1 (S. 100). Bezeichnend für die Folgen der Mandatstheorie ist es, daß Falckmann ZV. (2) 289 f. den Satz, daß der Gerichtsvollzieher die Ausführung eines Dienstgeschäfts nicht auf eine andere Person übertragen darf, aus dem privatrechtlichen Gesichtspunkt des § 613 BGB. begründet und sich dann nur auf die GVO. zur Bestätigung beruft. Beim Eintritt eines anderen GV. sucht Falck-

wenn der Gerichtsvollzieher, der zuerst diese Pflicht hatte, durch Tod oder aus anderen Gründen wegfällt. Dadurch erlischt *seine* Amtspflicht, nicht aber das Rechtsverhältnis, in welches der Antragsteller zum Staat oder genauer: zu der durch den Weggefallenen repräsentierten staatlichen Behörde getreten war. Reichsgesetzlich sind *diese* Situationen nicht geregelt.[48]) Nur in einem besonderen Fall gibt die ZPO. eine Vorschrift.[49])

Das Ergebnis unserer Untersuchungen ist hiernach: Der „Gläubiger" betreibt die Vollstreckung, aber er nimmt sie weder selbst vor, noch läßt er sie durch einen Vertreter vornehmen. Die „Beauftragung" ist beim Gerichtsvollzieher, wie der Antrag an das Vollstreckungsgericht, ein *publizistischer* Rechtsakt. Dieser fällt nicht unter den § 831 BGB.,[50]) der sich auf den Privatrechtsverkehr bezieht, nicht aber auf die Angehung der Rechtsschutzorgane. Danach beantwortet sich auch die Frage, ob der Gläubiger dem Schuldner oder Dritten[51]) auf Schadensersatz haftet, wenn der Gerichtsvollzieher ihnen rechtswidrig Schaden zufügt. Der Gläubiger haftet nur, wenn er zu der Handlung angestiftet oder Beihilfe geleistet hat, also nach BGB. § 830.[52]) Da der Gerichtsvollzieher bei der Vollstreckung (einschließlich der Empfangnahme der Leistung) nicht Vertreter des Gläubigers ist, so schadet auch seine Kenntnis von der Zahlungseinstellung (KO. § 30) dem Gläubiger nicht.[53])

d) Eine Besonderheit in der Stellung des Gerichtsvollziehers liegt lediglich darin, daß er auch als Vertreter in der Vornahme von zivilrechtlichen Rechtsgeschäften benutzt werden kann, was bei dem Vollstreckungsrichter

---

mann S. 289, 290 die Vertragstheorie durch die Fiktion zu retten, hier sei es so anzusehen, als sei dieser unmittelbar vom Gläubiger beauftragt.

[48]) Die Regelung des Landesrechts entspricht allgemeinen *publizistischen* Grundsätzen, wie sie bezüglich der *Richter* wegen der größeren Wichtigkeit ihrer Tätigkeit im GVG. ausgesprochen und in allen Einzelheiten bestimmt sind.

[49]) ZPO. § 827 („der Auftrag geht kraft Gesetzes auf den ersten GV. über"). Auch hier hilft Falkmann 289 mit der in Note 47 berichteten Fiktion.

[50]) Vgl. auch o. § 83 bei Note 18.

[51]) Z. B., wenn er dem Drittbesitzer eigenmächtig (unter Verstoß gegen § 809) den Besitz entzieht.

[52]) Richtig Seuffert, Erl. 3 zu § 755. A. M. Gaupp-Stein nach Note 8 zu § 753, Erl. 4 zu § 755, wo er den § 831 BGB. für anwendbar hält, Falkmann ZV. (2) 287 (in Widerspruch mit S. 291) u. a. Mit Unrecht beruft sich F. auf BGB. § 166, der sich nur auf Rechtsgeschäfte bezieht und für die außerkontraktliche Haftung aus *unerlaubter* Handlung selbst dann nicht in Betracht käme, wenn der GV. Vertreter wäre. RG. 39 S. 160 kommt für unsere Frage nicht in Betracht, weil hier nur verneint wird, daß der Gläubiger bei bösem Glauben des GV. ein Pfandrecht an fremden Sachen erwirbt (was auch bei *gutem* Glauben nicht der Fall ist); ebenso nicht RG. 43 S. 178, wo in der Begründung der richtigen Entscheidung (daß der Gläubiger nicht Eigentümer von weggenommenem *fremden* Geld wird) die ganz irrelevante Frage erörtert (und bejaht) wird, ob der GV. Vertreter des Gläubigers sei.

[53]) So auch (inkonsequent) die Judikatur (auch des RG.) und die überwiegende Meinung, vgl. Jäger Anm. 21 zu § 30 c. cit. A. M. R. Schmidt 797, Falkmann ZV. (2) 287. — Eine ganz andere als die im Text erörterte Frage ist die, ob und wie weit der Gläubiger dem Schuldner haftet, weil er die Zwangsvollstreckung betrieb, ohne einen (materiellen) Anspruch zu haben. Vgl. über solchen Mißbrauch des Vollstreckungsrechts Hellwig, Klagr. u. Klagmöglichkeit § 3 S. 23/4.

nach seiner höheren Stellung und nach der ganzen Art, in der sich seine Vollstreckungstätigkeit abspielt, nicht in Frage kommen kann. So kann der Gläubiger durch den Gerichtsvollzieher eine Gegenleistung anbieten,[54]) Stundung gewähren (etwa gegen eine Abschlagszahlung) oder eine Sache an Zahlungsstatt annehmen lassen oder mit Dritten Vereinbarungen treffen. Hierzu bedarf es einer besonderen Ermächtigung, die nichts anderes als eine Bevollmächtigung ist und unter den Grundsätzen des BGB. steht. Bei solchen Rechtsgeschäften ist der Gerichtsvollzieher in der Tat der Vertreter des Gläubigers (nach außen) und der Besorger eines von diesem ihm aufgetragenen und vom Gerichtsvollzieher vertragsmäßig übernommenen Geschäfts (nach innen). Mit Rücksicht auf diese Fälle — aber auch nur auf sie — kann man von einer Doppelstellung des Gerichtsvollziehers sprechen.

Zu dieser Art von Rechtsgeschäften gehört die Annahme der vom Schuldner zur Vermeidung der Vollstreckung geleisteten Zahlung ebensowenig, wie die Wegnahme des beizutreibenden Geldbetrags (ZPO. § 815 III) oder die Empfangnahme des Erlöses nach bewirkter Versteigerung (§ 819) und die in allen diesen Fällen dem Gerichtsvollzieher obliegende Erteilung der Quittung[55]) und Aushändigung der vollstreckbaren Ausfertigung an den Schuldner (§ 757 I). Der Gerichtsvollzieher ist gesetzlich verpflichtet, vor Beginn der Vollstreckung den Schuldner zur Leistung aufzufordern, und ebenso hat er die Amtspflicht, sie anzunehmen.[56]) Die Empfangnahme befreit den Schuldner kraft Gesetzes auf Grund der bloßen Tatsache, daß der Gerichtsvollzieher im Besitz der Ausfertigung ist, also ohne und selbst gegen den Willen des Gläubigers (§ 755), nicht etwa kraft seiner Vollmacht, also nicht kraft der privatrechtlichen Stellvertretung, sondern — ebenso wie in den oben hervorgehobenen Fällen der §§ 815 und 819 — kraft Prozeßrechtssatzes: die Empfangnahme ist eine Amtshandlung, die der Gerichtsvollzieher kraft der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vornimmt[57]) und zu der er Recht und Pflicht vom Gesetz deshalb erhält, weil es widersinnig wäre, eine Pfändung vornehmen zu lassen, wenn ihr Ziel (die Befriedigung des Gläubigers) sich auf einem einfacheren Wege erreichen läßt. Die Empfangnahme durch den Gerichtsvollzieher steht in ihren Wirkungen der Zahlung an den Gläubiger oder an dessen Bevollmächtigten

---

[54]) ZPO. § 756 sieht diese Möglichkeit vor. Anders im Falle des § 765.

[55]) Daß die Quittung des Gerichtsvollziehers nicht als eine von einem Vertreter des Gläubigers erteilte aufgefaßt wird, erhellt aus dem Gesetz selbst (§ 757 II).

[56]) Vgl. z. B. Preuß. GeschAnw. § 50 Nr. 2, 3. Eine entgegengesetzte Anweisung des Gläubigers hat als contra legem verstoßend auch im internen Verhältnis keine Bedeutung (a. M. Seuffert, Erl. 2 zu § 755). — Daß Verzug des Gläubigers eintritt, wenn der GV. die Zahlung nicht annimmt, ist aus BGB. § 293 nur im Wege der Analogie abzuleiten.

[57]) Zu diesem Ergebnis ist jetzt auch RG. 56 S. 89 f. gelangt. Bezeichnend ist, daß die Österr. ExekO. § 25 II, der der Gedanke an eine Vertretung des Gläubigers völlig fern liegt, ebenfalls dem Vollstreckungsbeamten die im Text besprochenen Befugnisse (Ö. ZPO. §§ 754, 757) gewährt.

in gewissen Beziehungen gleich, ist aber trotzdem ein eigenartiger Tatbestand.[58])

IV. Das Verhältnis des Gläubigers zu der Person des Gerichtsvollziehers.

Bisher wurde von der Stellung des Gerichtsvollziehers als Behörde[59]) gegenüber den Parteien gesprochen. Das Ergebnis ist: Er handelt nicht als Vertreter des Gläubigers, sondern als Organ der Staatsgewalt, die durch den Antrag auf Zwangsvollstreckung in Bewegung gesetzt wird, um dem Gläubiger Rechtsschutz zu erteilen. Eine weitere Frage ist, ob der Gläubiger zu dem bestimmten Gerichtsvollzieher, dem die Ausführung der Zwangsvollstreckung obliegt, in einem Vertragsverhältnis steht. Ein solches wäre denkbar,[59a]) ebenso wie es denkbar wäre, daß der Kläger — zwar nicht zu dem Gerichte, aber doch — zu den dasselbe repräsentierenden Richterpersonen in einem zivilrechtlichen Vertragsverhältnis stünde. Aber eine solche Regelung ist in dem einen Falle ebensowenig vom Gesetz gegeben, wie in dem anderen.

Eine verbreitete Meinung nimmt an, der Gerichtsvollzieher stehe zu dem Gläubiger in einem Vertragsverhältnis. Die führende Entscheidung des Reichsgerichts nimmt ein Auftragsverhältnis an; sie schließt aus dem Gebrauch des Wortes Auftrag, daß das Gesetz „mit diesem ein bestimmtes zivilrechtliches Verhältnis bezeichnenden Ausdruck" eben dieses gemeint habe.[60]) Es wurde aber bereits oben (S. 110/1) nachgewiesen, daß jener Ausdruck keineswegs einen bestimmten eindeutigen Sinn hat. Jetzt sieht sich auch das Reichsgericht genötigt, ihn in einem uneigentlichen Sinne zu verstehen. Es nimmt jetzt an, er bedeute einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande habe.[61]) Andere lehren, es liege ein Werkvertrag vor und der Gerichtsvollzieher sei ein Werkunternehmer.[62])

---

[58]) Bunsen, Zwangsvollstr. 128 leugnet Vertretung und lehrt, der GV. sei solutionis causa adjectus. Aber was ist damit gewonnen? Riedinger, Besitz 18 vergleicht den Vorgang mit der Hinterlegung zur Schuldbefreiung.

[59]) Über diese wichtige Unterscheidung vgl. o. III (S. 105). Daß der Staat durch sein Organ mit dem Gläubiger in ein Vertragsverhältnis trete, ist ein so absurder Gedanke, daß er kaum zurückgewiesen zu werden braucht.

[59a]) Es liegt in der Tat vor, wenn der GV. gelegentlich seiner Vollstreckungstätigkeit (einschließlich der Empfangnahme der Zahlung) Rechtsgeschäfte mit dem Schuldner oder Dritten vornimmt oder freiwillige Versteigerung bewirkt. Seine Beamtenstellung hat nur die Bedeutung, daß sie ihn, soweit das Landesrecht es bestimmt (vgl. Pr. AG. § 74), zwingt, einen solchen Auftrag anzunehmen. Hier handelt es sich wirklich um die Annahme eines Vertragsangebotes, deren Verweigerung nach §§ 663, 823 II BGB. haftbar macht. Vgl. o. III 2 d (S. 114 oben).

[60]) RG. 16 S. 400. Auftrag nehmen an alle Kommentare (vgl. aber jetzt Note 61/2), Wach I 322[28] und Vorträge (2) 330, Schultze, Privatr. u. Prozeß 68, Westerburg bei Gruchot 23 504, Glasenapp 24 248, v. Welck 36 497, Jastrow ziv. Arch. 68 358, Dunckhase das. 77 100.

[61]) RG. 56 S. 90. Ebenso Gaupp-Stein Note 11 zu § 753, Weismann I 274, Falkmann ZV. (2) 285 u. a.

[62]) So Rottmann, Stellung des GV. 29, Seuffert, Erl. 4 zu § 166. Diese An=

Ein Vertragsverhältnis käme erst zustande durch die Annahme seitens des Gerichtsvollziehers. Von einer solchen weiß aber das Gesetz nichts. Die „Beauftragung" ist als einseitige Erklärung perfekt.[63]) Die Haftung des Gerichtsvollziehers ist die gleiche, mag er ja oder nein oder gar nichts gesagt haben.[64]) Der Inhalt der beiderseitigen Verpflichtungen ist vom Gesetz (ZPO. und Landesrecht) bestimmt; dieses läßt der Parteiwillkür in Beziehung auf die Amtstätigkeit des Gerichtsvollziehers keinen Raum.[65]) Was die Partei zu leisten hat, ist keine Gegenleistung, sondern „Gebühr";[66]) sie hat publizistischen Rechtsgrund und ist im Privatrechtsweg nicht verfolgbar.[67]) Eine Klage auf Ausführung des „Auftrags" gibt es nicht; vielmehr ist der Weg des § 766 zu beschreiten, wenn der widerspenstige Gerichtsvollzieher zur Erfüllung seiner Pflicht gezwungen werden soll.[68]) Fällt der Gerichtsvollzieher, der zuerst tätig war, fort, so tritt ein anderer Gerichtsvollzieher an seine Stelle, und zwar ohne weiteres, ohne daß der betreibende Gläubiger gefragt wird und einen Einfluß darauf hat, wer nunmehr den „Auftrag" auszuführen hat.[69])

Liegt ein Vertragsverhältnis nicht vor, so haftet der Gerichtsvollzieher nicht nur dem Dritten, sondern auch dem Gläubiger nur außerkontraktlich für den Schaden, den er ihm durch Verletzung seiner Dienstpflichten (Handlungen oder Unterlassungen) zugefügt hat.[70]) Von dieser Auffassung

---

sicht widerlegt sich schon aus GebO. für GV. § 4 Nr. 3 (Gebühren, wenn die Pfändung ohne Erfolg bleibt).

[63]) Vgl. o. § 83 III, 1 und über die jeden Zweifel ausschließende Preuß. GVO. § 51 Nr. 1 o. S. 100.

[64]) Die Gegner müßten unterscheiden: 1. Nimmt der GV. an, so haftet er ex contractu; 2. lehnt er ab, so haftet er nach § 839 BGB., weil er dadurch seine Beamtenpflicht (zur Annahme) verletzt hat.

[65]) A. M. Falkmann ZV. (2) S. 286, der alle Grundsätze des § 675 BGB. und die des § 278 anwendet (ebenso Seuffert, Erl. 4 zu § 166) und sogar annimmt, der GV. könne die Haftung für seine Fahrlässigkeit ausschließen! — BGB. § 254 findet natürlich (wie überhaupt bei § 839) Anwendung.

[66]) GebO. für GV. § 1 (Gebühren und Auslagen „nur nach Maßgabe dieses Gesetzes").

[67]) Dieser Auffassung folgen zweifellos die Landesrechte, die die Gebühren im Verwaltungszwangsverfahren eintreiben lassen, vgl. o. § 83 III 2a (namentlich auch über ZPO. § 34 [a. a. O. Note 25]).

[68]) Dies wird auch von den Gegnern anerkannt, vgl. o. § 84 II (bes. Note 5).

[69]) Vgl. näher o. § 83 III, 1 (S. 99/100).

[70]) Hierfür: Planck I 136, II 605, 687, Eccius, Pr. Pr.R. 2 § 141[33], Voß bei Gruchot 23 240, ziv. Arch. 96 183f., Nessel bei Gruchot 38 97f., Hellmann, Bl. f. RA. 53 273, Schmidt 796, Schönfeld, der GV. (2), Riedinger, Besitz an gepf. Sachen 3f. RG. 16 S. 409 (Ver. Sen.) nahm an, daß der GV. „bei Ausübung seiner Dienstgeschäfte mit einer doppelten Eigenschaft bekleidet sei"; dem Schuldner und Dritten gegenüber komme das ihm verliehene imperium zur Geltung, dem Gläubiger gegenüber aber seine Eigenschaft als Beauftragter. In diesem Sinne wird auch in der Literatur von einer Doppelstellung des GV. gesprochen, und noch jetzt wird von Struckmann-Koch, Erl. 1 zu § 753, Gaupp-Stein bei Note 11 zu § 753 u. a. gelehrt, daß der GV. dem Gläubiger nicht als Beamter, sondern als Beauftragter nach Vertragsrecht hafte, womit es freilich in direktem Widerspruch steht, wenn man auf die Klage gegen den Gerichtsvollzieher den § 70 III GVG. anwendet (s. Note 72). In einem ganz anderen Sinne versteht die spätere Judikatur des RG. (17 S. 332

gehen auch alle die Landesrechte aus, die in Anwendung des Art. 77 des EG. zum BGB. den Staat für solche Schadenszufügung haften lassen,[71]) ebenso auch die Literatur und Praxis, wenn sie für die Klage gegen den Gerichtsvollzieher oder den Staat den ausschließlichen Gerichtsstand des § 70 III GVG. annehmen.[72])

V. Von der Ausübung seines Amtes kraft Gesetzes ausgeschlossen ist der Gerichtsvollzieher aus den in GVG. § 156 angeführten Gründen.[73]) Daß die trotzdem ordnungsmäßig vorgenommene Amtshandlung nichtig sei, ist nirgends bestimmt und deshalb nicht anzunehmen.[74])

§ 85.

3. Die persönliche Stellung der richterlichen Beamten.

I. Die Garantien für die persönliche Unabhängigkeit der Richter.

Dem Gericht kann — mit Ausnahme der in § 91 bezeichneten Fälle —

---

und jetzt sehr entschieden 56 S. 90f.) und eine verbreitete Ansicht in der Literatur die „Doppelstellung" des GV., indem gesagt wird, daß er dem Gläubiger gegenüber sowohl Beamter als Beauftragter sei und demgemäß ihm sowohl aus § 839 BGB., als nach Vertragsrecht (also nicht nur subsidiär) hafte. So Seuffert, Erl. 4 zu § 166, wo ausführliche Literaturangaben gegeben sind. Sieht man genauer zu, so kann diese Ansicht nur bedeuten, daß der Gläubiger sowohl einen Vertragsanspruch als auch einen Anspruch aus § 839 BGB. habe (vgl. dazu o. Bd. 1 § 37 IV, 4). Dann müßte es im Belieben des Gläubigers stehen, welchen von beiden er geltend machen will. Das nehmen aber die Gegner nicht an; denn sie lehren, daß für die Klage gegen den GV. ausschließlich das Landgericht zuständig sei, vgl. Note 72.

[71]) Art. 77 läßt dem Landesrecht freie Hand nur wegen der Haftung des Staates und anderer Kommunalverbände für den von ihren Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt gestifteten Schaden. Gleichwohl trifft z. B. nach Art. 60 des Bayer. AG. zum BGB. „Dritten gegenüber die in § 839 BGB. bestimmte Verantwortlichkeit" den Staat an Stelle des Gerichtsvollziehers schlechthin „auch für die Verletzung der Pflichten gegenüber dem Auftraggeber". Die Haftung des Staats bejaht das RG. 56 S. 85f. auch für Elsaß-Lothringen (AG. § 40 zum BGB.). Weitere Zitate vgl. bei Fischer-Henle u. Planck zu Art. 77 EG. zum BGB.

[72]) So RG. 17 S. 332 und öfter (Zitate bei Falkmann (2) S. 290[26], Gaupp-Stein Note 16 zu § 753). Die Entscheidung RG. 32 Nr. 94 steht in Widerspruch mit RG. 56 S. 85f.

[73]) Er darf nicht tätig werden, wenn er selbst Partei oder gesetzlicher Vertreter oder Mitberechtigter oder Mitverpflichteter oder Ehegatte einer Partei ist oder Ehegatte war oder mit ihr in gerader Linie verwandt oder verschwägert oder durch Adoption verbunden oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grad verschwägert ist, auch wenn die Ehe, durch die die Schwägerschaft begründet wurde, nicht mehr besteht. — Ablehnungsgründe gibt es nicht.

[74]) Vgl. zur Begründung o. § 82[16]. Nichtigkeit nehmen an die Motive zu § 156, Struckmann-Koch, Erl. 1 zu § 156 GVG., Wach I 347 u. a. — Der Grund für die Ausschließung kann nur der sein, daß zu besorgen ist, er werde nicht ordnungsmäßig das Geschäft ausführen. Deshalb soll er sich der Ausübung seines Amtes enthalten und das Geschäft seinem „Vertreter" überlassen (vgl. o. § 83 III, 1 [S. 100]). Hat er aber die Zustellung oder Vollstreckung ordnungsmäßig ausgeführt, so ist gar kein Grund zu entdecken, weshalb die Handlung nichtig sein sollte. Die Sachlage ist ganz anders als bei dem Richter, wo die Alternative, die hier zu stellen ist, nicht so einfach gestellt oder doch nicht so einfach beantwortet werden kann.

von keiner Seite ein Befehl darüber gegeben werden, wie die Behörde die richterliche Gewalt auszuüben hat.[1]) Soll dieser Grundsatz praktische Bedeutung haben, so müssen auch die einzelnen Richter so unabhängig gestellt sein, daß die richterliche Behörde, von der der § 1 GVG. spricht, nur ihrer eigenen Meinung folgen kann. Diesem Zwecke dienen folgende Vorschriften des GVG.:

1. Das Reichsrecht (EG. § 4 zum GVG.) verbietet es, den Gerichten andere Verwaltungsgeschäfte als solche der Justizverwaltung zu übertragen. Dieses Verbot bezieht sich nach dem Wortlaut und nach der Entstehungsgeschichte nur auf die Behörde und schließt es nicht aus, dem einzelnen Mitglied eines Gerichts Verwaltungsgeschäfte jeder Art im Nebenamte zu übertragen.[2]) Die Voraussetzungen bestimmen sich nach dem Landesstaatsrecht.[3])

2. Die Richter müssen auf Lebenszeit, die Handelsrichter auf 3 Jahre ernannt werden.[4]) Hiermit ist nicht gesagt, daß sie während dieses ganzen Zeitraums im Amte bleiben müssen; nur die Gründe, aus denen sie außer Funktion treten, sind gesetzlich bestimmt (u. Ziff. 4). Präsentationen für die Anstellung sind ausgeschlossen (GVG. § 15 II).

3. Die Richter müssen in ihrer richterlichen Eigenschaft (Gegensatz: andere Nebenämter) ein festes Gehalt beziehen; Gebühren, d. h. solche Leistungen, die von den Parteien für Akte der richterlichen Tätigkeit zu zahlen sind,[5]) können ihnen nicht zugewiesen werden (GVG. § 7). Entschädigungen für Auslagen, die der Richter im Dienste macht (Tagegelder, Reisekosten), fallen nicht unter das Verbot.

Die Regelung der Gehaltsfrage (Grundgehalt, Zulagen, Wohnungsgeld) bestimmt innerhalb dieser Schranke das Landesrecht.[6])

---

[1]) Vgl. u. § 91. Justizministerielle Erlasse haben deshalb, soweit ihnen nicht vom Gesetz die Kraft des Gesetzes beigelegt ist, nur die Bedeutung von Belehrungen, deren Wert von ihrer Überzeugungskraft abhängt.

[2]) So die herrschende Meinung, s. z. B. Laband, Staatsr. 3 380, Gaupp-Stein I 4 [10], Struckmann-Koch zu § 4 EG. zum GVG. A. M. v. Kries, Strafprozeß 113, Schmidt 119, auch ich selbst o. Bd. 1 § 11 [16]. Vollkommener war Art. 88 der Preuß. Verf. Urk., der andere besoldete Staatsämter nur auf Grund eines Gesetzes als vereinbar mit dem Richteramt erklärte. Er ist aber durch Pr. Ges. v. 30./4. 1856 aufgehoben.

[3]) In Preußen gilt in dieser Beziehung dasselbe, wie für alle Staatsbeamten (Genehmigung der Zentralbehörden, denen Haupt- und Nebenamt unterstellt sind). Es kann hiernach der Richter zugleich als akademischer Lehrer bestellt sein. — Über die Justizverwaltungsgeschäfte vgl. Pr. AG. §§ 77—86, auch u. S. 121 f.

[4]) GVG. § 6 (übereinstimmend das Landesstaatsrecht, z. B. Preuß. Verf. Urk. Art. 87 I) und § 112 (Handelsrichter, s. o. § 78 II, 2).

[5]) Die „Gebühren" sind nicht Gegenleistung (im Sinne eines privatrechtlichen Vertrags), vgl. o. § 83 III 2 a.

[6]) In Preußen gilt jetzt nach Aufhebung des § 9 des AG. zum GVG. das Ges. v. 31./5. 1897 betr. die Regelung der Richtergehälter (Rechtsanspruch der Richter auf Gehaltszulage). — Ist es mit dem § 7 GVG. vereinbar, wenn § 11 I des Pr. AG. zum GVG. „auf Stiftungen beruhende Bezüge" zuläßt? Es kann dies damit begründet werden, daß die Stiftungsbezüge nicht vom Staate kommen. Dagegen erscheint es mehr als bedenklich, wenn der zit. § 11 I auch „Unterstützungen im Falle eines außerordentlichen Bedürfnisses" zuläßt.

Der Rechtsweg ist wegen aller Ansprüche der Richter aus ihrem Dienstverhältnisse nach § 9 GVG. unbedingt zulässig.[7])

4. Der Richter hat — darin liegt die wesentlichste Eigenart seiner Stellung — prinzipiell unentziehbar das Recht und die Pflicht, das ihm übertragene Amt so lange auszuüben,[8]) bis ein gesetzlicher Gegengrund eingetreten ist. Ein solcher liegt in der mit seinem Willen eintretenden Veränderung seiner Richterstellung. Wider seinen Willen kann er seine Stelle dauernd oder zeitweise nur verlieren:

a) soweit es sich um die vorläufige Amtsenthebung (Suspension) handelt, welche „kraft Gesetzes eintritt", d. h. ohne einen darauf gerichteten Beschluß;[9])

b) ferner bei einer Veränderung in der Organisation der Gerichte (aller oder einzelner) oder ihrer Bezirke. Dann kann die Landesjustizverwaltung hinsichtlich der durch die Veränderung betroffenen Richter unfreiwillige Versetzungen oder Entfernung aus dem Amt verfügen, Versetzungen jedoch nur an ein anderes Gericht (derselben oder anderer Ordnung), beides (Versetzung oder Entfernung) nur unter Belassung des vollen Gehalts.[10])

c) Die rechtskräftige Verurteilung zur Zuchthausstrafe, die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte oder der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter zieht den dauernden Verlust der Richterstelle von Rechts wegen nach sich.[11])

d) Für die Handelsrichter gilt noch die besondere Vorschrift, daß sie durch den ersten Zivilsenat des Oberlandesgerichts ihres Amtes zu entheben sind, wenn sie eine der für die Ernennung erforderlichen Eigenschaften verloren haben.[12])

e) Im übrigen stellt das Reichsrecht das Prinzip auf, daß der Verlust oder die Veränderung der Richterstellung erfolgen kann: 1. nur aus Gründen, die das Gesetz bestimmt, 2. nur kraft richterlicher Entscheidung, 3. nur unter den gesetzlich zu bestimmenden Formen (des Verfahrens).[13])

---

[7]) Vgl. o. Bd. 1 § 10 II, 1 a α.

[8]) Die Frage, inwieweit er kraft seines Amtes an der Entscheidung des einzelnen Falles mitzuwirken hat, beantwortet sich nach den besonderen, bereits oben § 75 dargestellten Grundsätzen über die Bildung der Spruchbehörden.

[9]) GVG. § 8 II. Für Reichsgerichtsräte gilt GVG. § 129 II. Nach d. Preuß. Ges. v. 8. 5. 1851 tritt die Suspension von Rechts wegen ein, a) wenn im Strafverfahren die Verhaftung des Richters beschlossen ist oder wenn gegen ihn ein (noch nicht rechtskräftiges) Urteil erlassen ist, welches auf den Verlust des Amtes lautet, b) wenn im Disziplinarverfahren ein (noch nicht rechtskräftiges) Urteil auf Entlassung ergangen ist.

[10]) GVG. § 8 III. [11]) StGB. §§ 31, 33, 35/6, 358.

[12]) GVG. § 117, vgl. auch § 116.

[13]) GVG. § 8 I. Übereinstimmend Preuß. Verf. Urk. Art. 87 II. Der § 8 GVG. unterscheidet: 1. strafweise Enthebung vom Amte (dauernd: Dienstentlassung; zeitweise: „vorläufige Amtsenthebung", Suspension), 2. sonstige völlige Entfernung aus dem Amt (Versetzung in den Ruhestand), 3. Entfernung aus diesem Richteramte und Versetzung in ein anderes (es muß ein Richteramt sein, RG. in DJZ. 6 Nr. 23, S. 533).

In Anwendung dieses Prinzips regelt das GVG. selbst die Einzelheiten bezüglich der Reichsgerichtsräte;[14]) im übrigen sind innerhalb der reichsgesetzlich gezogenen Grenzen die Landesgesetze maßgebend. Das Landesrecht ist durch das Reichsrecht nicht gehindert, Bestimmungen über solche Disziplinarmaßregeln zu geben, die einen anderen Inhalt haben als den Verlust des Amtes oder die Versetzung.

In Preußen ist maßgebend das Gesetz v. 7./5. 1851 betr. die Dienstvergehen der Richter usw., abgeändert durch Ges. v. 26./3. 1856, ausgedehnt durch VO. v. 23./9. 1867 und abermals abgeändert durch Ges. v. 9./4. 1879 und v. 10./4. 1892, und Preuß. FGG. Art. 93 (Notare).

α) Disziplinarstrafen werden verhängt wegen Verletzung der Pflichten, die das Amt dem Richter auferlegt,[15]) und wegen eines Verhaltens, durch welches er sich (in oder außer dem Amte) der Achtung, des Ansehens oder des Vertrauens, die sein Beruf erfordert, unwürdig zeigt. Diese Strafen sind 1. Warnung, 2. Verweis (allein oder in Verbindung mit Geldbuße bis zum Betrage eines Monatseinkommens), 3. Strafversetzung in ein anderes Richteramt, 4. Dienstentlassung. — Disziplinargerichte sind 1. die Disziplinarsenate bei den OLG. (erste Instanz), 2. der große Disziplinarsenat beim Kammergericht (zweite Instanz). Die Einleitung der Disziplinaruntersuchung geschieht durch Beschluß des Disziplinargerichts auf Antrag der Staatsanwaltschaft.

β) Disziplinarmaßregeln geringeren Grades sind die „Mahnung" und die „Rüge". Auch sie sind Strafmittel, aber sie zählen nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes nicht zu den „Disziplinarstrafen". Darunter werden nur die unter α bezeichneten verstanden.[16])

γ) Die Versetzung auf eine andere Richterstelle mit gleichem Rang und Gehalt kann durch den großen Disziplinarsenat ausgesprochen werden, 1. wenn sie durch das Interesse der Rechtspflege dringend geboten ist, 2. wenn zwischen Richtern, die bei demselben Gericht angestellt sind, ein Schwägerschaftsverhältnis bis zum dritten Grad entsteht (§§ 51/2 des Ges. v. 7./5. 1851).

---

[14]) Durch Plenarbeschluß kann ausgesprochen werden: a) der Verlust des Amtes, wenn eine rechtskräftige Verurteilung wegen einer entehrenden Handlung oder zu einer Freiheitsstrafe von längerer als einjähriger Dauer ergangen ist (§ 128), b) die Amtssuspension, wenn das Hauptverfahren wegen eines Verbrechens oder Vergehens eröffnet ist (die Verhängung der Untersuchungshaft zieht die Suspension von selbst nach sich) (§ 129), c) die zwangsweise Versetzung in den Ruhestand, wenn ein Mitglied durch ein körperliches Gebrechen oder durch Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte zur Erfüllung seiner Amtspflichten dauernd unfähig geworden ist und nicht selbst den Antrag stellt (§§ 130/1). Die Disziplinarvorschriften des Reichsbeamtengesetzes v. 31./3. 1873 gelten nach § 158 desselben für die Reichsgerichtsräte nicht.

[15]) Die spezifischen Pflichten des Richteramts ergeben sich aus den Gesetzen, die den Inhalt desselben regeln (also in erster Linie aus den Prozeßgesetzen). Jede Gesetzwidrigkeit einer Entscheidung bedeutet also (vgl. GVG. § 1) objektiv eine Pflichtwidrigkeit; ob sie ein strafbares Dienstvergehen enthält, hängt davon ab, ob die gesetzwidrige Entscheidung vorsätzlich (vgl. StGB. § 336) oder unter Versäumung der erforderlichen Sorgfalt getroffen wurde. Laband billigt in der DJZ. 1905 S. 624 die Ansicht, daß „Fehler im materiellen Inhalt des Urteils niemals zu den Verstößen gegen die Dienstordnung gezählt werden könnten". Vgl. dagegen Laband, Staatsr. (4) 1 428, 444, 448.

[16]) Vgl. u. II Note 26. Das Preußische Recht macht nicht die Unterscheidung der Disziplinarstrafen in Ordnungsstrafen und Entfernung aus dem Amt, wie sie im Reichsbeamtenges. v. 31./3. 1873 § 73 enthalten ist.

δ) Die unfreiwillige Versetzung in den Ruhestand erfolgt durch Entscheidung des Disziplinargerichts. Die Voraussetzung ist dieselbe wie in GVG. § 130 (Note 14, c).

Die Disziplinargesetze der anderen Bundesstaaten stimmen damit in den Grundgedanken überein. Vgl. z. B. Bayer. Disz. Ges. v. 26./3. 1881, Sächs. AG. zum GVG. §§ 17/9 mit Ges. v. 3./6. 1876, Bad. Ges. v. 14./2. 1879.

II. Die Dienstaufsicht über Richter.

Die Justizverwaltung umfaßt prinzipiell alle und nur die Geschäfte, die sich nicht als Ausübung der Rechtspflege darstellen, sondern die Ermöglichung der Rechtspflege bezwecken und durch Verwaltungsbehörden vorzunehmen sind.[17]) An ihrer Spitze steht im Reiche der Reichskanzler und das ihm unterstellte Reichsjustizamt, in den Bundesstaaten der Justizminister. Er kann sich auch der Gerichte als seiner Organe bedienen.[18])

Zu der Justizverwaltung gehört auch die in unserem Zusammenhang zu erörternde Dienstaufsicht.[19]) [20]) Das Reichsrecht gibt nur die Vorschrift, daß sie über die Richter nicht den Staatsanwälten übertragen werden darf (GVG. § 152 Satz 2). Im übrigen ist das Landesrecht maßgebend.

Ihrem Begriffe nach bedeutet die Übung der Aufsicht einerseits die Überwachung der Tätigkeit der Gerichte[21]) und der einzelnen Beamten, anderseits die Ergreifung von Maßregeln, die den erkannten Mißständen abhelfen und ihnen für die Zukunft vorbeugen.

Unter den Mitteln, durch die der Minister oder seine Organe sich die Kenntnis von dem Zustande der zu beaufsichtigenden Einrichtungen verschaffen, ist das wichtigste die Revision (Visitation). Sie beschränkt sich keineswegs auf den äußeren Geschäftsbetrieb, sondern erstreckt sich auch auf die Art und Weise, wie die Rechtsprechung gehandhabt wird und wie die einzelnen Richter ihrer Aufgabe gerecht werden. Es können also auch die Urteile auf Form und Inhalt geprüft werden.

---

[17]) Es gibt Ausnahmen nach beiden Seiten hin. Die Bildung der Spruchbehörden ist den Gerichten (dem Präsidium) übertragen und damit aus der Justizverwaltung (im formellen Sinne) ausgeschieden. Vgl. o. § 75 II/III. Anderseits kann der Justizminister ausnahmsweise auch Rechtspflegeorgan sein, namentlich im Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Vgl. für Preußen die Zusammenstellung in „Allgemeine Darstellung der Gerichtsverfassung“ § 21.

[18]) EG. § 4 zum GVG. In Preußen sind die Vorstände der Gerichte und der Staatsanwaltschaften die Organe des Ministers, AG. § 77 zum GVG. Ebenso Bayern, AG. Art. 68 zum GVG.

[19]) Das Recht der Aufsicht steht in Preußen nach § 78 des AG. zum GVG. zu: dem Justizminister hinsichtlich aller Gerichte, dem Präsidenten des OLG. hinsichtlich aller Gerichte seines Bezirks, dem Präsidenten des LG. hinsichtlich aller Gerichte seines Bezirks, nach dem Ges. v. 10./4. 1892 §§ 4, 5 und Ges. v. 16./9. 1899 dem Amtsgerichtspräsidenten des Amtsgerichts Berlin-Mitte hinsichtlich der richterlichen Beamten dieses Bezirks. In anderen Bundesstaaten übt der Amtsrichter, dem die Dienstaufsicht übertragen ist, diese auch über die bei dem Amtsgericht angestellten Richter, s. z. B. Bayer. AG. Art. 69 zum GVG.

[20]) Soweit der Justizverwaltung der Erlaß von Rechtsverordnungen durch Reichs- oder Landesgesetz übertragen ist, handelt es sich nicht um Verwaltungsgeschäfte.

[21]) Über die Beurlaubung der Beamten vgl. für Preußen Justizmin. Verf. v. 28./5. 1885 u. 21./12. 1899.

Die durch die Revision oder sonstwie gewonnene Kenntnis der Zustände kann der Justizverwaltung Veranlassung zu gesetzgeberischen oder anderen sich nicht auf den einzelnen Richter beziehenden Maßnahmen geben. Diese interessieren hier nicht. Nur eines mag erwähnt werden. Wie die Justizverwaltung aus besonderen Gründen bei Einführung eines neuen Gesetzes durch allgemeine Verfügung auf seine Existenz oder Tragweite hinweisen kann, so ist es auch keineswegs ausgeschlossen, daß die Beobachtung der Rechtspflege dazu Veranlassung gibt, so etwa wenn es sich zeigt, daß ein neuer Grundsatz [22]) häufiger übersehen wird. Solche Erlasse haben nur die Bedeutung einer unverbindlichen Belehrung oder Empfehlung. Der Richter hat sie pflichtmäßig zu prüfen, muß aber unbedingt seiner eigenen Ansicht über das, was Rechtens ist, folgen.[23])

Hier interessieren nur die Maßregeln, die zur Beseitigung von Mißständen gegenüber einzelnen Richtern ergriffen werden können. Über sie gibt das Landesrecht gesetzliche Bestimmungen, die für die Eigenartigkeit der Richterstellung sehr bezeichnend sind. Allgemein gilt der Satz, daß die Justizverwaltung, wenn nach ihrer Ansicht eine Disziplinarstrafe verwirkt ist oder wenn wegen Unfähigkeit des Richters die Versetzung in den Ruhestand oder aus den unter I, 4 e γ bezeichneten Gründen die Versetzung ausgesprochen werden muß, die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens zu veranlassen hat. Solches ist natürlich stets nur gegen den Richter, gegen ein einzelnes oder mehrere Mitglieder der Spruchbehörde, niemals gegen diese selbst möglich.

Dasselbe gilt von einer anderen eigenartigen Maßregel, welche das Preußische Recht in § 23 des Gesetzes vom 9. April 1879 gestattet.[24]) Danach liegt in dem Recht der Aufsicht die Befugnis, „die ordnungswidrige Ausführung eines Amtsgeschäfts zu rügen und zu dessen rechtzeitiger und sachgemäßer Erledigung zu ermahnen“. Der Richter hat jedoch neben der im Aufsichtswege zu erledigenden Beschwerde [25]) das Recht, die Einleitung der Disziplinaruntersuchung zu beantragen, „weil ihm eine Ordnungswidrigkeit oder Säumnis in der Erledigung eines Amtsgeschäfts nicht zur Last falle“. In dem Disziplinarurteil ist über die Aufrechterhaltung oder Aufhebung der im Aufsichtswege getroffenen Maßregel zu erkennen, und es kann in diesem Disziplinarverfahren auf eine „Disziplinarstrafe“ [26]) erkannt

[22]) Man denke etwa an Art. 17 EG. zum BGB., ZPO. § 606 IV und das Haager Abkommen über die Ehescheidung.

[23]) Eben deshalb wird die Belehrung nur da gegeben werden, wo ihre Richtigkeit außer allem Zweifel steht.

[24]) Dieser § 23 ist die in § 80 II des AG. zum GVG. vorbehaltene Bestimmung; er hat den weitergehenden § 81 des Ges. v. 7./5. 1851 ersetzt. — Das Bayer. AG. zum GVG. Art. 71 bestimmt nur, daß das Recht der Aufsicht die Befugnis enthält, „die ordnungsgemäße Ausführung der Geschäfte zu überwachen“.

[25]) Pr. AG. § 85 zum GVG.

[26]) Darunter versteht das Gesetz hier nur die gewöhnlichen Disziplinarstrafen (oben I, 4, e, β).

werden, wenn ein „Disziplinarvergehen“ (d. h. ein solches, welches eine von jenen höheren Strafen als verwirkt erscheinen läßt) festgestellt wird.[27]) Das Gesetz läßt hiermit deutlich erkennen, daß diese Rüge und Ermahnung Disziplinarstrafmittel sind. Nur sind sie gegenüber den Disziplinarstrafen des Disziplinargesetzes dadurch ausgezeichnet, daß sie im Aufsichtswege verhängt werden. Jedoch geschieht dies nur vorläufig, d. h. unter Vorbehalt des Disziplinarrechtswegs.

Die Rüge und die Ermahnung sind noch geringere Strafmittel als die „Warnung“. Sie sind nur dann begründet, wenn dem Richter eine Ordnungswidrigkeit in der getroffenen Entscheidung[28]) oder eine Säumnis in einer zu erlassenden Entscheidung zur Last fällt. Letzteres ist der Fall, wenn der Richter die Entscheidung bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang schon hätte treffen sollen. Eine rügbare Ordnungswidrigkeit kann sowohl in der Form als in dem Inhalt der Entscheidung liegen. Sie liegt noch nicht in jeder Unrichtigkeit, sondern nur dann vor, wenn die Auffassung des Richters so falsch ist, daß ihn wegen des Nichterkennens des Richtigen ein Tadel trifft,[29]) also nicht, wenn man über die Richtigkeit seines Standpunktes auch nur verschiedener Meinung sein kann. Dies erhellt deutlich aus dem Recht des Richters auf Disziplinaruntersuchung, die unmöglich nur den Zweck haben kann, darüber zu entscheiden, ob die Ansicht der Justizverwaltung oder die des Richters die richtige sei.

Dem Inhaber des Aufsichtsrechts steht es frei, statt einer Rüge, die er erteilen könnte, sich auf eine Belehrung zu beschränken.[30])

Weitere Mittel als die eigentlichen Disziplinarstrafen und die Rüge und Ermahnung stehen der Justizverwaltung gegenüber den Richtern nicht zu Gebote.[31]) Die Ermahnung, von der vorher die Rede war, ist zwar

---

[27]) Nach dem nicht aufgehobenen § 13 des Ges. v. 7./5. 1851 liegt in dem Aufsichtsrecht die Befugnis, abgesehen von den gewöhnlichen Disziplinarstrafen „einen Richter, dem ein geringes Dienstvergehen zur Last fällt, nach einer vorher von ihm erforderten Erklärung auf die Pflichten aufmerksam zu machen, welche ihm sein Amt auferlegt“. Der § 24 des Gesetzes vom 9./4. 1879 nennt dies eine „Mahnung“ und gibt dem Richter das Recht, eine Disziplinaruntersuchung in derselben Weise, wie es im Text bezeichnet ist (§ 23 zit.), zu beantragen. Die „Rüge“ des § 23 bezieht sich auf Dienstvergehen bei Erledigung von Amtsgeschäften (Ordnungswidrigkeit oder Säumnis), die „Mahnung“ kann demnach nur auf das sonstige Verhalten bezogen werden. [28]) In dem weiten Sinne der ZPO.

[29]) So in dem von Laband DJZ. 1905 S. 625 benutzten Fall, daß ein preußischer Richter lange nach Einführung der WO. in Wechselsachen noch nach dem ALR. urteilte.

[30]) Gegen eine solche gibt es natürlich keinen Antrag auf Disziplinaruntersuchung. Es gilt von ihr das o. Note 1 Gesagte. Ob im konkreten Falle eine Belehrung oder Rüge erteilt ist, ist quaestio facti. Das Wort „Rüge“ ist nicht wesentlich. Gleichbedeutend ist jedenfalls der amtliche Ausspruch der Mißbilligung, überhaupt jede Form des Tadels wegen der getroffenen Entscheidung, wie ja denn auch schon die Ermahnung zu rechtzeitiger und sachgemäßer Erledigung eines Amtsgeschäfts den Richter befugt, im Disziplinarverfahren feststellen zu lassen, ob der so ausgesprochene Tadel gerechtfertigt ist.

[31]) Fruchtlosigkeit der Rüge oder Ermahnung führt zu den eigentlichen Disziplinarstrafen.

auch in Prozessen möglich, die noch im Gange sind; aber sie kann nur darauf gerichtet sein, daß der Richter das Geschäft rechtzeitig und sachgemäß erledige. Wie er es vornimmt, bestimmt er nach seinem eigenen pflichtmäßigen Ermessen.[32]) Die Justizverwaltung hat keine Möglichkeit, den Inhalt der zu treffenden Entscheidung zu bestimmen und so in den Gang der Rechtspflege einzugreifen.[33])

Den Rechtsuchenden steht die Befugnis zu, sich im Aufsichtswege wegen Verzögerung der Rechtspflege zu beschweren.[34]) Wird die Beschwerde für begründet erachtet, so stehen der Justizverwaltung nur die zuvor erörterten Mittel zu Gebote.[35]) Dasselbe gilt, wenn eine Partei wegen Ordnungswidrigkeit einer getroffenen Entscheidung Beschwerde führt.

Im Fall der Justizverweigerung ist für Notfälle die Anrufung und das Einschreiten des Bundesrats vorgesehen (Art. 77 der R.Verf.).

III. Die persönliche Stellung der Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher entbehrt der Garantien, wie sie zum Schutz der richterlichen Unabhängigkeit gegeben sind.[36])

Diese Unterbeamten haben nicht nur den Anordnungen der ihnen prozessual vorgesetzten Stelle Folge zu leisten,[37]) sondern sie unterstehen auch einer Dienstaufsicht, die dem sie führenden Beamten viel weiter gehende Machtbefugnisse gewährt.

In Preußen steht die Dienstaufsicht über den Gerichtsschreiber dem Präsidenten seines Gerichts und beim Amtsgericht dem aufsichtführenden Amtsrichter zu, daneben den höheren Aufsichtsbeamten,[38]) über den Gerichtsvollzieher dem aufsichtführenden Amtsrichter und den diesem vorgesetzten Aufsichtsbeamten und außerdem dem Amtsrichter oder Vorsitzenden, soweit es sich um ein von ihnen angeordnetes Amtsgeschäft handelt.[39])

[32]) Darin liegt der wesentliche Unterschied von der Entscheidung des im Instanzenzuge vorgesetzten Gerichts. Dieses entscheidet materiell und so, daß die untere Instanz gebunden ist, vgl. u. § 91. Ein weiterer Unterschied liegt darin, daß die höhere Instanz über das entscheidet, was das untere Gericht getan hat. Die Maßregeln der Justizverwaltung können sich lediglich gegen die Personen der Richter kehren und haben niemals eine prozessuale Bedeutung.

[33]) In diesen Bestimmungen kommt deutlich zum Ausdruck, einerseits wie sorgsam das Gesetz darauf bedacht ist, die volle Unabhängigkeit der Richter sicher zu stellen, anderseits aber auch, wie außerordentlich groß das Maß der an das eigene Pflichtgefühl des Richters gestellten Anforderungen ist.

[34]) Preuß. AG. zum GVG. § 85, Bayer. AG. zum GVG. Art. 73 I. Die Beschwerde im Aufsichtswege kann mit der Beschwerde nach Maßgabe der ZPO. konkurrieren; beide haben aber ganz verschiedene Voraussetzungen und einen ganz verschiedenen Erfolg (Note 32). Gibt der Richter überhaupt keine Entscheidung, so kann nur die Beschwerde im Aufsichtswege helfen, so z. B. wenn auf die eingereichte Klagschrift kein Termin angesetzt wird. Die Beschwerde nach § 567 ZPO. würde voraussetzen, daß die Terminsanberaumung abgelehnt wurde.

[35]) Das Bayer. AG. zum GVG. Art. 73 III gestattet, mit der Aufforderung zur Behebung der Beschwerde (Art. 73 II) die Androhung einer „Zwangsstrafe“ (bis 100 Mk.) zu verbinden, die im Falle des Ungehorsams durch das Präsidium des angegangenen Gerichts ausgesprochen wird.

[36]) So auch Vierhaus ZZP. 35 312. [37]) ZPO. §§ 576 I, 766; vgl. o. § 84 II.

[38]) Pr. AG. zum GVG. § 78. [39]) Pr. AG. zum GVG. § 81 Nr. 2, GVO. § 33.

Das Recht der Aufsicht umfaßt die Befugnis, die ordnungswidrige Ausführung eines Geschäfts zu rügen und die Erledigung eines Amtsgeschäfts durch Ordnungsstrafen (bis 100 Mk.) zu erzwingen.[40])

4. Anhang: Die Rechtsanwälte.

§ 86.

a) Die Organisation der Rechtsanwaltschaft.*)

I. Rechtsanwälte sind rechtskundige Privatpersonen, die durch staatliche Zulassung ermächtigt sind, berufsmäßig als „Rechtsanwälte" [1]) in Rechtsangelegenheiten für eine Partei tätig zu werden. Diese ihre Berufstätigkeit umfaßt im Zivilprozeß (einschließlich Konkursverfahren) das Auftreten als Bevollmächtigter oder als Beistand und die Beratung in Beziehung auf den Beginn oder die Fortsetzung des Prozesses.[2]) Sie erstreckt sich aber auch auf den Strafprozeß (Führung der Verteidigung), auf verwaltungsrechtliche Streitigkeiten und auf das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.[3]) Die Rechtsanwälte sind ein notwendiger und sehr bedeutungsvoller Faktor unserer Rechtspflege. Den Parteien steht es nicht nur frei, sich ihrer Hilfe nach Maßgabe des Gesetzes zu bedienen, sondern sie müssen es vor allen Kollegialgerichten.[4])

Dieser sog. Anwaltszwang hat zwar nicht dazu geführt, daß die Gesetzgebung die Rechtsanwälte zu Beamten gemacht hätte.[5]) Sie werden nicht ernannt, sondern ebenso wie die Ärzte nur zugelassen und stehen ebensowenig wie diese in einem Dienstverhältnisse zum Staate. Aber immerhin ist die Institution der Rechtsanwaltschaft eine notwendige Ergänzung der Gerichtsverfassung.[6]) Sie üben keine staatliche Rechtspflegefunktion, aber sie sind

---

[40]) Pr. AG. zum GVG. § 80, GVO. § 33 Nr. 1. Ebenso Bayer. AG. zum GVG. Art. 71 I. — Vgl. auch Preuß. Ges. betr. die Dienstvergehen der nicht richterlichen Beamten v. 21./7. 1852, bes. §§ 55—77.

*) Rechtsanwaltsordnung v. 1./7. 1878, GebO. für RA. v. 7./7. 1879. — Laband, Staatsrecht (4) 3 425 f., Planck I § 35 (mit Übersicht über die geschichtliche Entwicklung, vgl. auch Wetzell § 8), Wach I § 53 und Vorträge (2) 80 f., Schmidt § 41, Hergenhahn, Rechtsprechung . . . über Prozeßbevollmächtigte und Rechtsanwälte (1894). Kommentare zur RAO.: Völk 1878, Fr. Meyer (2) 1892, Sydow (4) 1900. Kommentare zur GebO. f. RA.: Völk 1879, Fr. Meyer (3), Walter-Joachim (4).

[1]) Im Gegensatz zu den Rechtskonsulenten (Prozeßagenten), denen das geschäftsmäßige mündliche Verhandeln vor Gericht durch eine seitens der Justizverwaltung getroffene Anordnung gestattet ist (ZPO. § 157 IV). [2]) RAO. § 26, GebO. § 1.

[3]) FGG. §§ 14, 29 (die weitere Beschwerde muß durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein). — Vgl. auch GebO. §§ 89—91. [4]) ZPO. § 78, vgl. u. § 126.

[5]) Der Notar ist Staatsbeamter. Wird der Rechtsanwalt zum Notar ernannt, so erhält er eine Doppelstellung.

[6]) Daß das GVG. von ihnen schweigt und ein besonderes Gesetz die Materie regelt, erklärt sich daraus, daß man sie ursprünglich dem Landesrecht überlassen wollte. Erst in der Reichsjustizkommission wurde die reichsgesetzliche Regelung beantragt.

in den wichtigsten Fällen unentbehrlich, damit diese sich entfalten kann. Deshalb ordnet das Reichsrecht die Voraussetzungen und die Art der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft sowie ihre Beendigung und legt dem Rechtsanwalt kraft seiner öffentlichen Stellung bestimmte Rechte und Pflichten bei.[7])

Das heutige deutsche Recht kennt bei den Rechtsbeiständen (im weiteren Sinne) den Unterschied von Advokaten und Anwälten (Prokuratoren) nicht mehr. Bei den Römern waren die advocati, die in der Kaiserzeit geschlossene Advokatenkollegien bildeten, diejenigen Rechtsbeistände, die den selbst als Partei auftretenden Privaten in der Prozeßführung durch mündlichen Vortrag oder (im schriftlichen Verfahren) durch Abfassung von Schriftsätzen, die von der Partei mitzuunterzeichnen waren, unterstützten. Die procuratores führten den Prozeß an Stelle des Privaten; sie waren aber nicht Vertreter im heutigen Sinne, sondern traten selbst als Partei (Subjekt des Prozeßverhältnisses) auf.[8]) In der Lehre der italienischen Juristen, denen die Eigentümlichkeit der Stellung der Prokuratoren unbekannt blieb, wurde der Prokurator immer mehr als der Stellvertreter der abwesenden Partei in Beziehung auf die einzelnen Prozeßhandlungen aufgefaßt, der advocatus aber als der Rechtsbeistand der gegenwärtigen Partei (Sprechanwalt). Im deutschen Prozesse des Mittelalters war das Erscheinen der Partei selbst nötig; sie konnte aber einen Fürsprech (Vorsprecher) haben, der die Prozeßformeln anstatt der Partei sprach und sie so vor den Gefahren der Formenstrenge des Prozesses bewahrte, da das Wort des Fürsprechs nur galt, wenn die Partei es genehmigte. Nach der Rezeption bildete sich in Deutschland ein Stand der zünftigen Sachwalter. Man unterschied anfangs auch die Advokaten und Prokuratoren. Doch ging die Entwicklung unter der Einwirkung der Schriftlichkeit des Verfahrens dahin, beide Berufe in einer Person zu vereinigen und den Unterschied zu verwischen. In den französischen avocats und den englischen barristers (im Gegensatz zu den avoués und sollicitors) erhielt sich der Unterschied, so jedoch, daß letztere mehr die Vorbereitung und den äußeren Prozeßbetrieb, erstere aber die höhere Aufgabe des Plädierens vor Gericht haben.

In Deutschland wurden die Anwälte vielfach zu Beamten, die in bestimmter Zahl und nach Ermessen staatlich angestellt wurden (so namentlich in Preußen und Bayern). Die jetzige Gestaltung beruht auf dem Prinzipe der Freigebung der Rechtsanwaltschaft (II 2), ihrer Lokalisierung (II 3) und des Anwaltszwangs im kollegialgerichtlichen Verfahren (ZPO. § 78). — In den Konsulargerichtsbezirken und in den Schutzgebieten gilt die RAO. nicht. Vgl. Konsulargerichtsbarkeitsgesetz § 17 (Zulassung der Rechtsanwälte durch den Konsul nach freiem Ermessen) und Schutzgebietsgesetz §§ 2, 8.

II. Zulassung zur Rechtsanwaltschaft.

1. Sie geschieht durch die Landesjustizverwaltung nach gutachtlicher Anhörung der Anwaltskammer,[9]) beim Reichsgericht durch das Präsidium (§ 99).

2. Die Zulassung setzt die Fähigkeit zum Richteramt voraus (§ 1). Wer diese besitzt, kann überall, er muß in dem Bundesstaat zugelassen werden,[10]) in dem er die Richterprüfung bestanden hat, es sei denn, daß in

---

[7]) StGB. § 31 II („unter öffentlichen Ämtern im Sinne dieses Strafgesetzes sind die Advokatur, die Anwaltschaft . . . mitbegriffen"), § 356 („vermöge seiner amtlichen Eigenschaft"), § 359. [8]) Vgl. u. § 122.

[9]) RAO. § 3. Die folgenden Zitate beziehen sich im Zweifel auf dieses Gesetz.

seiner **Person** ein besonderer gesetzlicher Hinderungsgrund vorliegt (§ 4). — Eine Sonderstellung nimmt das Reichsgericht ein. Bei ihm kann die Zulassung aus beliebigen, nicht kontrollierbaren Gründen versagt werden (§ 99).

Die gesetzlichen Hinderungsgründe sind verschiedener Art. Sie wirken teils absolut, teils geben sie nur die Befugnis zur Versagung der Zulassung.

a) Die Zulassung **muß** versagt werden, wenn der Antragsteller

α) infolge strafgerichtlichen Urteils die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter dauernd verloren hat oder zur Zeit nicht besitzt,[11])

wenn er infolge ehrengerichtlichen Urteils von der Rechtsanwaltschaft ausgeschlossen ist (§ 5 Nr. 2),

wenn er infolge gerichtlicher Anordnung in der Verfügung über sein Vermögen beschränkt ist;[12])

β) ferner wenn er ein Amt bekleidet oder eine Beschäftigung betreibt, die nach den Gesetzen **oder** nach dem Gutachten des Vorstandes der Anwaltskammer mit dem Beruf oder der Würde der Rechtsanwaltschaft nicht vereinbar sind (§ 5 Nr. 4),

wenn er nach solchem Gutachten sich eines Verhaltens schuldig gemacht hat, das, wenn er schon Anwalt wäre, die Ausschließung von der Rechtsanwaltschaft herbeiführen würde (§ 5 Nr. 5),

wenn er nach solchem Gutachten infolge körperlichen Gebrechens oder wegen eingetretener Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte zur Erfüllung der Pflichten eines Rechtsanwalts dauernd unfähig ist.[13])

Die Fälle unter β sind dadurch ausgezeichnet, daß die Landesjustizverwaltung an das im Gesetz geforderte Gutachten des Vorstandes der Anwaltskammer gebunden ist[14]) und daß auf Antrag des Zurückgewiesenen über den Grund der Versagung der Zulassung im ehrengerichtlichen Verfahren zu entscheiden ist (§ 16).

b) Die Zulassung **kann** nach Ermessen der Justizverwaltung versagt werden,

α) wenn das Recht auf Zulassung verfallen ist. Dies tritt ein, wenn der Antragsteller nach Ablegung der Richterprüfung während eines Zeitraums von drei Jahren weder als Rechtsanwalt zugelassen war, noch ein Reichs- oder Staats- oder Gemeindebeamt bekleidet hat, noch im Justizdienst oder als Lehrer des Rechts an einer deutschen (d. h. inländischen) Universität tätig gewesen ist (§ 6 Nr. 1);

β) wenn der Antragsteller infolge strafgerichtlichen Urteils die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter auf Zeit verloren hatte (aber jetzt wieder besitzt), § 5 Nr. 2;

---

[10]) Dieses Recht auf Zulassung (ohne Rücksicht auf das Bedürfnis, ohne numerus clausus) hat keiner, der Beamter werden möchte. Über Reformbestrebungen vgl. Wilmowski ZZP. 20 199f. Der jetzige Rechtszustand hat bewirkt, daß an manchen Orten übermäßig viele Anwälte vorhanden sind, an anderen Orten aber dem Bedürfnis nach Rechtsbeiständen nicht genügt ist. Dies hat dazu geführt, daß die Novelle die Zulassung von Rechtskonsulenten (Note 1) vorgesehen hat.

[11]) RAO. § 5 Nr. 1 mit StGB. §§ 31, 33–35. Solange das Strafverfahren infolge öffentlicher Klage schwebt, ist die Entscheidung über das Gesuch auszusetzen (§ 7).

[12]) § 5 Nr. 3. Hierher gehört jede Art der Entmündigung und der Konkurs. Gemeint ist aber nicht der Nachlaßkonkurs oder die Nachlaßverwaltung, die ja die regulären Mittel zur Beschränkung der Haftung des Erben sind (BGB. § 1975), wohl aber auch die Entziehung der Verwaltung der Vorerbschaft (BGB. § 2129) und selbstverständlich die Vermögensbeschlagnahme (StPO. § 332).

[13]) § 5 Nr. 6. Z. B. wegen Taubheit oder wegen Geistesschwäche.

[14]) Im übrigen bindet das **stets** einzuholende Gutachten (§ 3 II) die Landesjustizverwaltung nicht.

γ) wenn er früher Rechtsanwalt gewesen ist und innerhalb der letzten zwei Jahre im ehrengerichtlichen Verfahren einen Verweis oder eine Geldstrafe von mehr als 150 Mk. erlitten hat (§ 6 Nr. 3).

3. Die Lokalisierung der Rechtsanwaltschaft bedeutet, daß die Zulassung nur bei einem bestimmten Gerichte erfolgt (§ 8) und daß im kollegialgerichtlichen Prozesse eine wirksame „Prozeßvollmacht" nur einem bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalte erteilt werden kann.[15]) Der Antragsteller kann das Gericht nach Belieben wählen. Die Zulassung kann jedoch aus den Gründen des § 14 (Verwandtschaft oder Verschwägerung mit einem Richter) versagt werden.

a) Gleichzeitige Zulassung bei mehreren Gerichten ist ausnahmsweise zulässig, nämlich

α) sowohl bei dem Landgericht, das zum Bezirk eines mehreren Bundesstaaten gemeinschaftlichen Oberlandesgerichts gehört, als auch bei letzterem, und zwar auch dann, wenn dieses an einem anderen Orte seinen Sitz hat als das Landgericht (§ 11);

β) bei dem Amtsgericht und akzessorisch bei dessen Landgericht und seinen detachierten Handelskammern (§ 9);

γ) bei mehreren Kollegialgerichten, wenn sie sich an dem Orte des Wohnsitzes des Rechtsanwalts befinden und das Oberlandesgericht durch Plenarbeschluß die Zulassung dem Interesse der Rechtspflege für förderlich erklärt hat;[16])

δ) bei benachbarten Landgerichten, falls nach dem Gutachten des Oberlandesgerichts die Zulassung zur ordnungsmäßigen Erledigung der Anwaltsprozesse erforderlich ist (§ 12).

Im Falle α und in der Regel auch in den Fällen β und δ steht die Zulassung im Ermessen der Justizverwaltung; im Falle γ jedoch muß sie gewährt werden, ebenso im Falle β, falls die Zulassung nach dem übereinstimmenden Gutachten des Oberlandesgerichts und des Vorstandes der Anwaltskammer dem Interesse der Rechtspflege förderlich ist (§ 9 Satz 2).

Ist der Anwalt bei einem Gericht zugelassen, an dessen Ort er nicht wohnt, so muß er bei diesem Gericht einen Zustellungsbevollmächtigten bestellen (§ 19).

b) Freizügigkeit besteht insofern, als der zugelassene Anwalt sein Gericht mit einem anderen vertauschen kann. Die Änderung kann versagt werden, wenn gegen ihn innerhalb der letzten zwei Jahre im ehrengerichtlichen Verfahren auf Verweis oder auf Geldstrafe von mehr als 150 Mk. erkannt ist oder solange gegen ihn das infolge Klage eröffnete ehrengerichtliche Verfahren schwebt (§ 15).

4. An dem Orte des Gerichts, bei dem er zugelassen ist, muß der Rechtsanwalt seinen Wohnsitz nehmen.[17]) Dieses vereidigt ihn (§ 17) und trägt ihn in die Liste ein, die jedes Gericht über die bei ihm zugelassenen Rechtsanwälte führt (§ 20 I). Hiermit erst „beginnt die Befugnis zur Aus-

---

[15] ZPO. § 78 I. Damit ist nicht gesagt, daß der Anwalt nicht auch bei einem anderen Gerichte auftreten könnte, vgl. u. § 126.

[16] § 10. Bei Reichsgerichtsanwälten ist die Simultanzulassung unzulässig (§ 100 I). Sie „dürfen" nicht: „können" überhaupt nicht bei einem anderen Gericht auftreten (§ 100 II).

[17] § 18. Hat er es nicht binnen drei Monaten getan, so muß die Zulassung zurückgenommen werden (§ 21 I Nr. 1); dann wird er gar nicht eingetragen (§ 20 II 1).

übung der Rechtsanwaltschaft" (§ 20^III^); also ist er nun erst Rechtsanwalt in dem für den *Prozeß* in Betracht kommenden Sinne.[17a])

5. Gegen die Gewährung oder Versagung der Zulassung und ihre Zurücknahme (III) gibt die RAO. keine Rechtsmittel. Ist die Zulassung gewährt, obwohl sie gegen das Gesetz verstößt, so kann *deshalb* die Wirksamkeit der von einem solchen Rechtsanwalt — solange er es ist (III) — vorgenommenen Prozeßhandlungen nicht in Frage gestellt werden.[18])

6. Stellvertretung.

a) Ist ein Rechtsanwalt an der Ausübung seines Berufs *zeitweise* verhindert, so kann die Stellvertretung einem Rechtsanwalte oder einem Rechtskundigen, der mindestens zwei Jahre im Vorbereitungsdienst beschäftigt worden ist (Assessor, Referendar), übertragen werden. Ist der Stellvertreter ein bei *demselben* Gericht zugelassener Rechtsanwalt, so bedarf es der Mitwirkung der Landesjustizverwaltung nicht. Sonst aber ist diese nötig.[19]) Ein solcher „Stellvertreter" nimmt für die Dauer der Übertragung die *Amts*stellung des Rechtsanwalts ein; er kann also bei dem Kollegialgericht des „Vertretenen" auftreten, auch wenn er bei diesem nicht zugelassen oder überhaupt nicht Rechtsanwalt ist. Die Vertretung erlischt, wenn der vertretene Rechtsanwalt aufhört, Rechtsanwalt zu sein.

b) Die Bestellung eines solchen Generalsubstituten hat Bedeutung auch für den einzelnen Prozeß, weil durch sie der Substitut die Vertretungsbefugnis für die Prozesse erhält, für die dem verhinderten Rechtsanwalt Prozeßvollmachten erteilt sind oder erteilt werden. Auch die Zustellungen in einem anhängigen Prozesse (ZPO. §§ 176, 179) können gültig an ihn erfolgen, ohne daß der Gegner *genötigt* wäre, ihn als Zustellungsadressaten zu bezeichnen.

III. *Die Beendigung der Rechtsanwaltschaft.*

Der Beginn der Rechtsanwaltschaft ist, soweit es sich um die *pro-*

[17a]) Eine andere Frage ist, ob der Zugelassene schon vorher die Pflichten eines Rechtsanwalts hat, also z. B. wegen Handlungen, die er in der Zwischenzeit zwischen Zulassung und Eintragung begangen hat, der ehrengerichtlichen Bestrafung unterliegen kann. Dies ist zu bejahen (§ 62).

[18]) Das Gesetz behandelt die Zurücknahme wegen der im Texte bezeichneten Gründe ganz ebenso wie diejenige, die wegen *späterer* Ereignisse stattfindet, und es stempelt nicht einmal *alle* Gründe für die obligatorische Versagung der Zulassung zu Gründen für ihre Zurücknahme.

[19]) Deshalb ist es für *diesen* Fall zweifellos, daß die „Übertragung" des § 25 I einen (gültigen) Willensakt des Vertretenen voraussetzt. Man bedenke doch, daß die Geschäftsführung des Stellvertreters zivilistisch den Rechtsanwalt berechtigen und verpflichten und prozessual als Substitution wirken soll. Deshalb schon ist auch in anderen Fällen des Textes ein solcher gültiger Antrag nötig. Das Gesetz sagt zwar in Absatz 2 des § 25, daß die Landesjustizverwaltung den Vertreter „bestellt". Aber der Absatz 2 ergänzt nur den Absatz 1 und gibt seine Vorschriften nur mit Rücksicht darauf, daß der Vertreter die *Fähigkeit* erhalten soll, die Amtsstellung des Vertretenen auszufüllen. Könnte die Justizverwaltung den Vertreter auch *ohne* gültigen Antrag bestellen (so Meyer ZZP. 18 143), so läge wegen der betonten Wirkung der Vertretung in der Bestellung eine Art Pflegschaftsanordnung. Die *Stellung* des Vertreters ist aber die gleiche, mag sie ihm unter Mitwirkung der Justizverwaltung oder ohne solche übertragen sein.

zessuale Stellung des Anwalts handelt, der Zeitpunkt der Eintragung in die Liste.[20]) Die Beendigung tritt ein

1. durch den Tod des Anwalts;

2. durch eine solche strafgerichtliche Verurteilung, die den Verlust des Amtes nach sich zieht (StGB. §§ 31—35), und zwar mit der Rechtskraft des Urteils (StGB. § 36);

3. durch ehrengerichtliche Ausschließung von der Rechtsanwaltschaft, und zwar mit der Rechtskraft des Urteils (RAO. § 96);

4. dadurch, daß die Eintragung in der Liste gelöscht wird:

a) infolge der Aufgabe der Zulassung. Diese ist jederzeit zulässig und an das Gericht zu richten, bei dem der Anwalt zugelassen ist;

b) auf Grund der Zurücknahme der Zulassung.[21]) Die Zurücknahme geschieht durch die Landesjustizverwaltung. Sie ist ebenso wie die Versagung der Zulassung von bestimmten gesetzlichen Gründen abhängig und teils geboten (α), teils fakultativ (β).

α) Die Zurücknahme muß erfolgen,

aa) wenn sich nachträglich ergibt, daß der Rechtsanwalt schon vor der Zulassung die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter dauernd oder für eine jetzt noch nicht abgelaufene Zeit verloren hatte[21a]) oder daß er ehrengerichtlich von der Rechtsanwaltschaft ausgeschlossen war (§ 21 I Nr. 3);

bb) oder wegen seines Verhaltens nach der Zulassung, nämlich dann, wenn er seinen Wohnsitz am Orte seines Gerichts (§ 18) aufgegeben[22]) oder es einen Monat lang versäumt hat, den nach § 19 (o. S. 128, a. a. E.) notwendigen Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen (§ 21 III).

β) Die Zurücknahme kann erfolgen,

aa) wenn sich nachträglich ergibt, daß er zur Zeit der Zulassung die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter (die er jetzt wieder hat) nicht besaß (§ 21 II);

bb) wenn er infolge gerichtlicher Anordnung in der Verfügung über sein Vermögen beschränkt ist.[23])

---

[20]) Vgl. Note 17 a.

[21]) Daß im Falle a erst die Löschung wirkt, ist allgemein anerkannt. In RG. 19 S. 403/4 wird es daraus abgeleitet, daß der Rechtsanwalt seine Verzichtserklärung zurücknehmen könne. Das ist aber auch bei der Zurücknahme der Zulassung möglich. Der tiefere Grund dafür, daß auch bei dieser erst die Löschung die Anwaltschaft beendigt, ist darin zu suchen, daß die Gewährung der Zulassung den Antragsteller noch nicht zum Anwalt (im prozessualen Sinne) macht. Die Zurücknahme muß analog behandelt werden. Solange der Bescheid nur dem Anwalt bekannt gegeben ist, ist die Zulassung ebenso wie die Zurücknahme ein Internum. Nach außen wirken sie erst nach der Eintragung, die von der Öffentlichkeit allein zu kontrollieren ist. Aus diesen Gründen ist die vom Gesetz nicht geregelte Frage (§ 24 RAO. kommt nicht in Betracht) bei der Zurücknahme geradeso zu entscheiden, wie bei der Aufgabe der Zulassung. Die h. M. (Kommentare zu § 244 ZPO.) nimmt an, daß schon die Bekanntgabe des Bescheids (an den Anwalt) die Rechtsanwaltschaft beendigt.

[21a]) § 21 I Nr. 3 verbunden mit § 21 II.

[22]) § 21 I Nr. 2. Einen anderen Charakter hat die Zurücknahme der Zulassung im Falle der Note 17.

[23]) § 22, vgl. o. Note 12. Die Bestellung eines Abwesenheitsvormundes (§ 1911) oder eines Pflegers im Falle BGB. § 1910 ist kein Grund für die Zurücknahme. (Hieraus können sich Schwierigkeiten ergeben, denen §§ 177, 179 III ZPO. (Novelle von 1898!) begegnen.) — Auch dann, wenn der Anwalt schon zur Zeit der Zulassung

In allen Fällen (1—4) ist die Eintragung in der Liste zu löschen; die Löschung ist durch den Reichsanzeiger bekannt zu machen (§ 24).

Von der Frage, ob die rechtsanwaltliche Stellung beendigt ist, muß man natürlich die Frage unterscheiden, ob der Rechtsanwalt noch fähig ist, eine ihm erteilte Vollmacht auszuüben. Diese Fähigkeit kann er durch Eintritt der Prozeßunfähigkeit verloren haben, obwohl er noch Rechtsanwalt ist, so z. B. infolge Geisteskrankheit. Umgekehrt kann er Bevollmächtigter und auch fähig zur Ausübung der Vollmacht bleiben, obwohl er aufgehört hat, Rechtsanwalt zu sein.[24])

IV. Rechte und Pflichten des Rechtsanwalts.

1. Auf Grund der Zulassung[25]) und Eintragung in die Liste erlangt er die Befugnis, die spezifisch rechtsanwaltliche Tätigkeit (I) auszuüben. Durch diese gewinnt er den Anspruch auf Zahlung der Gebühren, wie sie die Gebührenordnung festsetzt, und auf Ersatz seiner Auslagen (GebO. §§ 76—83).

2. Das Gesetz legt dem Rechtsanwalt, obwohl er nicht Beamter ist, gewisse allgemeine Pflichten auf, deren gewissenhafte Erfüllung er eidlich zu geloben hat und deren Verletzung in erster Linie publizistische Folgen nach sich zieht,[26]) daneben aber auch privatrechtliche Bedeutung haben kann.

a) Er ist verpflichtet, seine Berufstätigkeit gewissenhaft auszuüben und durch sein Verhalten in Ausübung des Berufs sowie außerhalb desselben sich der Achtung würdig zu zeigen, die sein Beruf erfordert (§ 28). Sein Beruf ist nicht, Prozesse zu gewinnen, sondern mitzuwirken an der Aufgabe wahrer Rechtspflege: der Stärkung des Rechts und der Kränkung des Unrechts. Das Gesetz verpflichtet ihn ausdrücklich, seine Berufstätigkeit zu versagen, wenn sie für eine pflichtwidrige Handlung in Anspruch genommen wird (§ 31 Nr. 1). Pflichtwidrig ist aber auch die Verletzung der Wahrheitspflicht und die Prozeßverschleppung.[27]) Weiter muß er seine Tätigkeit versagen, wenn er sie in derselben Rechtssache bereits einer anderen Partei

---

in der Verfügung über sein Vermögen beschränkt war, die Zulassung also hätte versagt werden müssen (§ 5 Nr. 3), ist die Zurücknahme fakultativ. — Ist die Zulassung gewährt, obwohl einer der Gründe des § 5 Nr. 4—6 (o. II 2 a β) vorlag, so kann sie deshalb nicht zurückgenommen werden. Die Fortsetzung der unwürdigen Beschäftigung oder des ehrlosen Berufs kann zu ehrengerichtlichem Einschreiten Veranlassung geben (§ 62). Auch kann eine vor der Zulassung begangene Handlung zu der Ausschließung von der Rechtsanwaltschaft führen (§ 64). Vgl. u. VI, 1. — Zu der Amtsstellung des Rechtsanwalts paßt es nicht, daß der Eintritt der dauernden Unfähigkeit zur Erfüllung der Berufspflichten (§ 5 Nr. 6) vom Gesetz mit Stillschweigen übergangen wird, obwohl das Gericht nicht einmal in der Lage ist, einem Rechtsanwalt den Vortrag zu untersagen, wenn ihm die Fähigkeit dazu völlig mangelt (ZPO. § 157 IV).

[24]) So bei der Vollmacht für den Parteiprozeß, in dem ja jede prozeßfähige Person Vertreter sein kann (§ 79 ZPO.).

[25]) So sagt RAO. § 26, der aber aus § 20 III zu ergänzen ist.

[26]) Sie bestehen teils in der Zurücknahme der Zulassung (III), teils in der Verwirkung der ehrengerichtlichen Strafen (V).

[27]) Vgl. o. §§ 71/2. Das Ansehen des Standes der Anwälte ist um so größer, je energischer und gewissenhafter sie den Richter in der Erfüllung seiner Aufgabe unterstützen.

im entgegengesetzten Interesse gewährt oder wenn er an der Entscheidung als Richter teilgenommen hat (§ 31 Nr. 2, 3).

b) Der Rechtsanwalt hat die Residenzpflicht (§ 18). Er muß, wenn er sich über eine Woche hinaus von seinem Wohnsitz entfernen will, für seine Stellvertretung (II, 6) sorgen und den Stellvertreter dem Vorsitzenden seines Gerichts und dem Amtsgericht seines Wohnsitzes benennen (§ 29).

c) Er hat die Pflicht, der gerichtlichen Beiordnung als Rechtsanwalt Folge zu leisten.[28])

d) Er ist verpflichtet, in „Handakten“ alle in Beziehung auf den Prozeß von ihm verfaßten oder ihm zugegangenen Schriftstücke zu sammeln und sie die gesetzlich bestimmte Zeit hindurch (in der Regel fünf Jahre) aufzubewahren (§ 32).

e) Er muß die im Vorbereitungsdienst stehenden Rechtskundigen beschäftigen und ihnen Anleitung und Gelegenheit zu praktischen Arbeiten geben (§ 40).

V. Anwaltskammern.

1. Die Rechtsanwälte jedes Oberlandesgerichtsbezirks und die des Reichsgerichts bilden kraft Gesetzes je eine Körperschaft des öffentlichen Rechts („Anwaltskammer“). Ihr Sitz ist am Orte des Oberlandesgerichts (§ 41). Sie hat einen aus Wahlen hervorgehenden Vorstand von 9 bis 15 Mitgliedern (§ 42), der aus seiner Mitte einen Vorsitzenden und einen Schriftführer und Stellvertreter für sie wählt (§ 46). Die Kammer hat publizistische Befugnisse und besitzt privatrechtliche Rechtsfähigkeit.[29])

2. Organe der Kammer sind

a) das Plenum der Mitglieder. Dieses hat einerseits die Befugnis, die Geschäftsordnung für die Kammer und für den Vorstand und die Beitragspflicht der Mitglieder festzusetzen,[30] andererseits liegen dem Plenum Verwaltungsakte ob, nämlich die Wahl des Vorstandes (§ 43), die Bewilligung der Geldmittel (§ 48 Nr. 2) und die Prüfung und Abnahme der seitens des Vorstandes zu legenden Rechnung (§ 48 Nr. 3). Die Kammer ist berechtigt, Vorstellungen und Anträge, die das Interesse der Rechtspflege oder der Anwaltschaft betreffen, an die Landesjustizverwaltung zu richten (§ 50).

b) Der Vorstand hat die Führung der laufenden Geschäfte, namentlich übt er die Aufsicht über die Erfüllung der den Mitgliedern obliegenden Berufspflichten und handhabt als Ehrengericht die unter VI zu besprechende disziplinare Strafgewalt (§§ 49, 50).

3. Der Staat übt die Aufsicht über die Kammern. Der Vorsitzende

---

28) Tut er es nicht, so macht er sich auch privatrechtlich verantwortlich. Vgl. u. § 87 II 1a.

29) § 49 Nr. 5 „Vermögen der Kammer“ setzt dies als selbstverständlich voraus.

30) § 48 Nr. 1, 2. Damit werden Rechtssätze geschaffen, die die gesetzlichen Vorschriften ergänzen.

hat jährlich der Landesjustizverwaltung und dem Oberlandesgericht einen schriftlichen Bericht über die Tätigkeit der Kammer und des Vorstandes zu erstatten (§ 61). Gesetzwidrige Beschlüsse oder Wahlen können von dem Oberlandesgerichte aufgehoben werden (§ 59 II). Die laufende Aufsicht über den Geschäftsbetrieb des Vorstandes übt der Präsident des Oberlandesgerichts; er entscheidet über Beschwerden, die den Geschäftsbetrieb des Vorstands betreffen (§ 59 I).

Der Staat nimmt einen wesentlichen Anteil an dem Disziplinarverfahren (VI).

In dieser ganzen Organisation kommt das große Interesse, das der Staat an dem Institut der Rechtsanwaltschaft hat, zum deutlichen Ausdruck.

VI. Das ehrengerichtliche Verfahren.

1. Die ehrengerichtliche Bestrafung[31]) wird durch Verletzung der dem Anwalt obliegenden Pflichten (§ 28) verwirkt (§ 62). Strafen sind: Warnung, Verweis, Geldstrafe bis zu 3000 Mk. und Ausschließung von der Rechtsanwaltschaft (§ 63). Sie entsprechen in ihrer Art und Abstufung den Disziplinarstrafen gegen Beamte. Jedoch gilt die Besonderheit, daß die Geldstrafen zur Kasse der Kammer fließen (§ 97 I). Über das Verhältnis der Disziplinarbestrafung zum öffentlichen Strafverfahren gibt der § 65 Vorschriften, die den §§ 77/8 des Reichsbeamtengesetzes entsprechen. Handlungen, die vor der Zulassung begangen sind, können nur die Ausschließung von der Rechtsanwaltschaft begründen (§ 64).

2. Disziplinargericht erster Instanz ist das „Ehrengericht". Es ist der Vorstand in der Besetzung mit fünf Mitgliedern (§ 67). Gegen seine Entscheidungen findet Berufung an den „Ehrengerichtshof" statt. Dieser besteht aus dem Präsidenten des Reichsgerichts, drei Mitgliedern des Reichsgerichts und drei Reichsgerichtsanwälten (§ 90). Die Anklage hat die Staatsanwaltschaft bei dem Oberlandesgericht; in der Berufungsinstanz fungiert die des Reichsgerichts (§ 92). Beschwerdegericht ist das Oberlandesgericht (§ 89).

3. Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften der StPO. über das Verfahren vor den Strafkammern (§ 66), jedoch mit wesentlichen Abweichungen in einzelnen Punkten.[32])

4. Das Urteil, das auf Ausschließung lautet, vollzieht sich von selbst im Augenblick der Rechtskraft (§ 96). Urteile, die auf Geldstrafe lauten, bilden einen Vollstreckungstitel (§ 97 II).

---

[31]) Auf ehrengerichtliches Verfahren kann der mit dem Antrag auf Zulassung abgewiesene Gesuchsteller antragen, wenn die Zulassung nach dem Gutachten des Vorstandes der Anwaltskammer aus einem der in § 5 Nr. 4—6 bezeichneten Gründe versagt ist (§ 16 II).

[32]) Vgl. §§ 67 f., namentlich § 82 (Hauptverhandlung nicht öffentlich), § 83 möglich auch bei Abwesenheit des Angeklagten), § 84 (Richterreferat), § 85 (freie Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme).

§ 87.

b) Das Verhältnis des Rechtsanwalts zur Partei.

Das Verhältnis des Rechtsanwalts zur Partei bestimmt sich in erster Linie nach den besonderen Vorschriften der Rechtsanwaltsordnung und der Gebührenordnung für Rechtsanwälte, soweit aber keine lex specialis vorhanden ist, nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Der Anwalt steht zu der Partei in einem Vertragsverhältnis.[1]) Dieses kann verschiedener Art sein.

I. Das Gesetz geht davon aus, daß die Inanspruchnahme des Rechtsanwalts zu einer „Vergütung"[2]) verpflichtet, und setzt in der Gebührenordnung ihre Höhe fest. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß die Prozeßführung unentgeltlich übernommen wird oder daß die Vergütung in anderer Weise erfolgt. Der Rechtsanwalt kann also in einem Auftragsverhältnis im technischen Sinne (BGB. § 662)[3]) oder in einem dauernden Dienstverhältnisse, auf Grund dessen ihm die Besorgung der einzelnen Angelegenheit übertragen wird,[4]) oder in einem Gesellschaftsverhältnisse stehen. Liegt der gewöhnliche Fall der entgeltlichen Geschäftsbesorgung vor, so steht es den Beteiligten stets frei, eine Vergütung zu vereinbaren, die unter den Sätzen der Gebührenordnung bleibt. Die Vereinbarung einer höheren ist, soweit sie die gesetzlichen Gebühren übersteigt, nichtig, wenn der Rechtsanwalt beigeordnet ist; sonst ist sie zulässig, aber die Partei ist an die Festsetzung nur dann gebunden, wenn sie schriftlich abgeschlossen ist.[5]) Ist sie übermäßig, so kann sie im Prozeßwege nach eingeholtem Gutachten der Anwaltskammer[6]) bis auf den gesetzlichen Betrag herabgesetzt werden.[7]) Ist

[1]) Im Gegensatz zu dem Richter, Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher, die zwar auch auf Antrag der Parteien und für sie tätig werden, aber nicht kraft Vertragspflicht, sondern kraft Amtspflicht und als Beamte, s. o. § 84 III, IV.

[2]) GebO. § 93 I gebraucht diesen Ausdruck, der ebenso in BGB. § 612 und § 631 die Gegenleistung bezeichnet. Wie diese überhaupt nicht vereinbart zu werden braucht, wenn die Arbeit den Umständen nach nur gegen Entgelt zu erwarten ist, so auch in unserem Fall.

[3]) Die RAO. (z. B. § 32 I) und die GebO. (z. B. §§ 50, 93) gebrauchen auch bei Entgeltlichkeit den Ausdruck „Auftrag" und „Auftraggeber" in dem farblosen o. § 84 III 2 c dargelegten Sinne der Veranlassung zu einer Tätigkeit.

[4]) So z. B., wenn der Rechtsanwalt als Syndikus einer Bank gegen einen festen Gehalt engagiert ist. Wird ihm dann die Führung eines bestimmten Prozesses übertragen, so ist der § 675 BGB. anwendbar. Solange es nicht geschehen ist, entscheiden lediglich die Grundsätze, die in dem Titel über den Dienstvertrag gegeben sind. Vgl. auch unten bei Note 11.

[5]) GebO. § 93 I, II. Im zweiten Falle ist die Festsetzung nicht nichtig (die Zahlung ist also solutio debiti), aber die Partei braucht sie nicht gelten zu lassen. Es hängt von ihrem Willen ab, ob sie gelten soll oder nicht. Die Situation ist anders, als im Falle des § 762 BGB., wo eine Verbindlichkeit schlechthin nicht besteht und trotzdem die Rückforderung ausgeschlossen ist.

[6]) Die Vernehmung von Sachverständigen, die nach § 144 ZPO. stets von Amts wegen stattfinden kann, ist hier durch § 93 IV GebO. geboten.

[7]) GebO. § 93 IV. Die Rechtslage ist ebenso, wie bei der übermäßigen Vertragsstrafe (BGB. § 343). Die Herabsetzung geschieht durch Urteil, dieses ist also

die Vergütung davon abhängig gemacht, daß der Rechtsanwalt den Prozeß gewinnt, ist sie insbesondere als ein Teil des Wertes des Zugesprochenen (quota litis) festgesetzt, so ist diese Vereinbarung nichtig, weil sie gegen die guten Sitten verstößt.[8])

Was der Rechtsanwalt verspricht, ist die Prozeßführung, also die Entfaltung der Tätigkeit eines Vertreters (Beistandes), um die Rechte der Partei in dem auf Herbeiführung des Urteils gerichteten Verfahren wahrzunehmen. Die Verpflichtung, den Prozeß zu gewinnen, kann er gültig überhaupt nicht übernehmen. Als Sinn des Vertrags ist aber im Zweifel auch nicht einmal anzusehen, daß er die Vergütung nur erhalten solle, wenn ihm die Führung des Prozesses bis zu dessen Ende gelingen, er also in der Vertreterrolle bleiben werde.[9]) Vielmehr haben wir im Zweifel einen Dienstvertrag anzunehmen, der von vornherein[10]) auf die Führung des bestimmten Prozesses gerichtet ist. Diese ist „Geschäftsbesorgung" im Sinne des § 675 BGB.[11])

II. Die Einzelheiten ergeben sich hiernach für den Normalfall teils aus den Vorschriften über den Dienstvertrag, teils aus den gemeinsamen Vorschriften, die das BGB. für alle Arten der vertragsmäßig übernommenen Geschäftsbesorgung in der Form gegeben hat, daß es zunächst den Fall der unentgeltlichen Geschäftsbesorgung regelt und dann in § 675 die Vorschriften, die nicht mit der Unentgeltlichkeit zusammenhängen, auf die Fälle für entsprechend anwendbar erklärt, in denen die Besorgung[12]) einer bestimmten Angelegenheit gegen Entgelt übernommen wird.[13])

1. Der Rechtsanwalt ist zur Besorgung der Prozeßführung öffentlich bestellt. Deshalb ist er zwar in der Regel noch nicht verpflichtet, den

---

konstitutiv (nicht nur deklarativ, wie bei dem gewöhnlichen Einrederecht). Die Herabsetzung kann sowohl im Wege der Klage als auch dann beantragt werden, wenn die Partei verklagt ist. Vgl. o. Bd. 1 § 35 a. E.

[8]) Die GebO. spricht diesen Grundsatz des bisherigen Rechts (vgl. Wetzell § 8 Note 44/7) nicht aus, er folgt aber aus BGB. § 138.

[9]) Eine solche Vereinbarung, durch die der Rechtsanwalt die Gefahr der Nichterreichung des Zieles seiner Geschäftsbesorgung übernehmen würde (also wie der Kommissionär), ist theoretisch denkbar und verstößt nicht gegen die guten Sitten. Dann würde ein Werkvertrag — auf den ebenfalls der § 675 BGB. anzuwenden wäre — vorliegen. Aber eine solche Vereinbarung wäre unvernünftig und wird von einem Rechtsverständigen nie eingegangen werden. Davon geht auch das Gesetz aus, wie § 50 GebO. deutlich zeigt.

[10]) Im Gegensatz zu den Fällen der Note 4.

[11]) Die Situation ist das Seitenstück zu der, die entsteht, wenn ein Arzt die Behandlung in einer einzelnen Krankheit übernimmt. Vgl. hierüber Hellwig, Stellung des Arztes (1905) 15f., 20f. Örtmann, Komm. (2) zu § 675 1 b $\zeta \alpha\alpha$ will den Arzt ausscheiden, weil die Dienste für den Dienstberechtigten von wirtschaftlicher Bedeutung sein müßten. Sind sie das nicht?

[12]) Damit wird gefordert, daß der Geschäftsherr nicht selbst das Geschäft besorgt und sich nicht des anderen lediglich als eines unter seiner andauernden Leitung stehenden Instrumentes bedient. Für unsere Fälle kommt das nicht in Betracht.

[13]) Die Frage, ob der Geschäftsbesorger das versprochene Entgelt nur dann erhält, wenn es ihm gelingt, einen bestimmten Erfolg zu erzielen (Werkvertrag), oder schon dann, wenn er das seinige dazu tut, kommt hierbei prinzipiell nicht in Betracht.

§ 87.

b) Das Verhältnis des Rechtsanwalts zur Partei.

Das Verhältnis des Rechtsanwalts zur Partei bestimmt sich in erster Linie nach den besonderen Vorschriften der Rechtsanwaltsordnung und der Gebührenordnung für Rechtsanwälte, soweit aber keine lex specialis vorhanden ist, nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Der Anwalt steht zu der Partei in einem Vertragsverhältnis.[1]) Dieses kann verschiedener Art sein.

I. Das Gesetz geht davon aus, daß die Inanspruchnahme des Rechtsanwalts zu einer „Vergütung"[2]) verpflichtet, und setzt in der Gebührenordnung ihre Höhe fest. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß die Prozeßführung unentgeltlich übernommen wird oder daß die Vergütung in anderer Weise erfolgt. Der Rechtsanwalt kann also in einem Auftragsverhältnis im technischen Sinne (BGB. § 662)[3]) oder in einem dauernden Dienstverhältnisse, auf Grund dessen ihm die Besorgung der einzelnen Angelegenheit übertragen wird,[4]) oder in einem Gesellschaftsverhältnisse stehen. Liegt der gewöhnliche Fall der entgeltlichen Geschäftsbesorgung vor, so steht es den Beteiligten stets frei, eine Vergütung zu vereinbaren, die unter den Sätzen der Gebührenordnung bleibt. Die Vereinbarung einer höheren ist, soweit sie die gesetzlichen Gebühren übersteigt, nichtig, wenn der Rechtsanwalt beigeordnet ist; sonst ist sie zulässig, aber die Partei ist an die Festsetzung nur dann gebunden, wenn sie schriftlich abgeschlossen ist.[5]) Ist sie übermäßig, so kann sie im Prozeßwege nach eingeholtem Gutachten der Anwaltskammer[6]) bis auf den gesetzlichen Betrag herabgesetzt werden.[7]) Ist

[1]) Im Gegensatz zu dem Richter, Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher, die zwar auch auf Antrag der Parteien und für sie tätig werden, aber nicht kraft Vertragspflicht, sondern kraft Amtspflicht und als Beamte, s. o. § 84 III, IV.

[2]) GebO. § 93 I gebraucht diesen Ausdruck, der ebenso in BGB. § 612 und § 631 die Gegenleistung bezeichnet. Wie diese überhaupt nicht vereinbart zu werden braucht, wenn die Arbeit den Umständen nach nur gegen Entgelt zu erwarten ist, so auch in unserem Fall.

[3]) Die RAO. (z. B. § 32 I) und die GebO. (z. B. §§ 50, 93) gebrauchen auch bei Entgeltlichkeit den Ausdruck „Auftrag" und „Auftraggeber" in dem farblosen o. § 84 III 2 c dargelegten Sinne der Veranlassung zu einer Tätigkeit.

[4]) So z. B., wenn der Rechtsanwalt als Syndikus einer Bank gegen einen festen Gehalt engagiert ist. Wird ihm dann die Führung eines bestimmten Prozesses übertragen, so ist der § 675 BGB. anwendbar. Solange es nicht geschehen ist, entscheiden lediglich die Grundsätze, die in dem Titel über den Dienstvertrag gegeben sind. Vgl. auch unten bei Note 11.

[5]) GebO. § 93 I, II. Im zweiten Falle ist die Festsetzung nicht nichtig (die Zahlung ist also solutio debiti), aber die Partei braucht sie nicht gelten zu lassen. Es hängt von ihrem Willen ab, ob sie gelten soll oder nicht. Die Situation ist anders, als im Falle des § 762 BGB., wo eine Verbindlichkeit schlechthin nicht besteht und trotzdem die Rückforderung ausgeschlossen ist.

[6]) Die Vernehmung von Sachverständigen, die nach § 144 ZPO. stets von Amts wegen stattfinden kann, ist hier durch § 93 IV GebO. geboten.

[7]) GebO. § 93 IV. Die Rechtslage ist ebenso, wie bei der übermäßigen Vertragsstrafe (BGB. § 343). Die Herabsetzung geschieht durch Urteil, dieses ist also

die Vergütung davon abhängig gemacht, daß der Rechtsanwalt den Prozeß gewinnt, ist sie insbesondere als ein Teil des Wertes des Zugesprochenen (quota litis) festgesetzt, so ist diese Vereinbarung nichtig, weil sie gegen die guten Sitten verstößt.[8])

Was der Rechtsanwalt verspricht, ist die Prozeßführung, also die Entfaltung der Tätigkeit eines Vertreters (Beistandes), um die Rechte der Partei in dem auf Herbeiführung des Urteils gerichteten Verfahren wahrzunehmen. Die Verpflichtung, den Prozeß zu gewinnen, kann er gültig überhaupt nicht übernehmen. Als Sinn des Vertrags ist aber im Zweifel auch nicht einmal anzusehen, daß er die Vergütung nur erhalten solle, wenn ihm die Führung des Prozesses bis zu dessen Ende gelingen, er also in der Vertreterrolle bleiben werde.[9]) Vielmehr haben wir im Zweifel einen Dienstvertrag anzunehmen, der von vornherein[10]) auf die Führung des bestimmten Prozesses gerichtet ist. Diese ist „Geschäftsbesorgung" im Sinne des § 675 BGB.[11])

II. Die Einzelheiten ergeben sich hiernach für den Normalfall teils aus den Vorschriften über den Dienstvertrag, teils aus den gemeinsamen Vorschriften, die das BGB. für alle Arten der vertragsmäßig übernommenen Geschäftsbesorgung in der Form gegeben hat, daß es zunächst den Fall der unentgeltlichen Geschäftsbesorgung regelt und dann in § 675 die Vorschriften, die nicht mit der Unentgeltlichkeit zusammenhängen, auf die Fälle für entsprechend anwendbar erklärt, in denen die Besorgung[12]) einer bestimmten Angelegenheit gegen Entgelt übernommen wird.[13])

1. Der Rechtsanwalt ist zur Besorgung der Prozeßführung öffentlich bestellt. Deshalb ist er zwar in der Regel noch nicht verpflichtet, den

---

konstitutiv (nicht nur deklarativ, wie bei dem gewöhnlichen Einrederecht). Die Herabsetzung kann sowohl im Wege der Klage als auch dann beantragt werden, wenn die Partei verklagt ist. Vgl. o. Bd. 1 § 35 a. E.

[8]) Die GebO. spricht diesen Grundsatz des bisherigen Rechts (vgl. Wetzell § 8 Note 44,7) nicht aus, er folgt aber aus BGB. § 138.

[9]) Eine solche Vereinbarung, durch die der Rechtsanwalt die Gefahr der Nichterreichung des Zieles seiner Geschäftsbesorgung übernehmen würde (also wie der Kommissionär), ist theoretisch denkbar und verstößt nicht gegen die guten Sitten. Dann würde ein Werkvertrag — auf den ebenfalls der § 675 BGB. anzuwenden wäre — vorliegen. Aber eine solche Vereinbarung wäre unvernünftig und wird von einem Rechtsverständigen nie eingegangen werden. Davon geht auch das Gesetz aus, wie § 50 GebO. deutlich zeigt.

[10]) Im Gegensatz zu den Fällen der Note 4.

[11]) Die Situation ist das Seitenstück zu der, die entsteht, wenn ein Arzt die Behandlung in einer einzelnen Krankheit übernimmt. Vgl. hierüber Hellwig, Stellung des Arztes (1905) 15 f., 20 f. Oertmann, Komm. (2) zu § 675 1 b ζ *aa* will den Arzt ausscheiden, weil die Dienste für den Dienstberechtigten von wirtschaftlicher Bedeutung sein müßten. Sind sie das nicht?

[12]) Damit wird gefordert, daß der Geschäftsherr nicht selbst das Geschäft besorgt und sich nicht des anderen lediglich als eines unter seiner andauernden Leitung stehenden Instrumentes bedient. Für unsere Fälle kommt das nicht in Betracht.

[13]) Die Frage, ob der Geschäftsbesorger das versprochene Entgelt nur dann erhält, wenn es ihm gelingt, einen bestimmten Erfolg zu erzielen (Werkvertrag), oder schon dann, wenn er das seinige dazu tut, kommt hierbei prinzipiell nicht in Betracht.

Vertragsantrag *anzunehmen*; wohl aber muß er unverzüglich die Ablehnung *erklären*, widrigenfalls er auf Schadensersatz haftet. Dieser sich aus § 663 mit § 823 II BGB. ergebende Rechtssatz ist in RAO. § 30 besonders ausgesprochen. Ist aber der Rechtsanwalt vom Gericht der Partei „beigeordnet", so darf er den Vertragsantrag nicht ablehnen.[14])

a) Ein Anwalt *muß* beigeordnet werden im Anwaltsprozeß, falls die Partei keinen Anwalt findet und ihre Sache nicht aussichtslos ist (§ 33 RAO.) oder falls die Partei das Armenrecht hat (ZPO. § 115 Nr. 3). Im Parteiprozesse *kann* der armen Partei ein Anwalt beigeordnet werden (RAO. § 34). b) Im Entmündigungsverfahren *muß* ein Anwalt beigeordnet werden, wenn der Entmündigte den Entmündigungsbeschluß anfechten will (ZPO. § 668). Falls die Wiederaufhebung durch Klage beantragt werden soll, *kann* ein Anwalt beigeordnet werden, wenn der gesetzliche Vertreter die Klage nicht erheben will.[15]) In den Fällen unter a steht die Anordnung dem Gericht zu, in den Fällen unter b dem Vorsitzenden. Die Auswahl unter den Anwälten hat stets der letztere.

2. Die Vollmacht gibt dem Anwalt stets die Substitutionsbefugnis (ZPO. § 81). Im Zweifel *darf* er sie aber nicht gebrauchen (BGB. § 613); er haftet also für jeden Schaden, der durch die Substitution entsteht.

3. Bei der Prozeßführung ist der Anwalt im Umfang des § 665 BGB. an die Weisungen seiner Partei gebunden. Einer Weisung zu einer pflichtwidrigen Handlung darf er nicht nachkommen.[16]) Ihre Erteilung rechtfertigt die *vorzeitige* Kündigung, wenn die Partei auf solcher Weisung besteht. — Die Partei hat den Anspruch auf Nachrichten gemäß § 666 und auf Herausgabe alles dessen, was der Anwalt zur Ausführung des Auftrags erhält oder was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat (§ 667). Daß der Anwalt die Handakten vor Ersatz der Aufwendungen und vor der Zahlung der Gebühren nicht herauszugeben braucht, ergibt sich aus BGB. § 273, ist aber in RAO. § 32 I noch besonders ausgesprochen. Bezüglich der zu ersetzenden Aufwendungen und der Vorschußpflicht gelten die §§ 669, 670 BGB. in Verbindung mit GebO. §§ 76—83.

4. Das Erlöschen des Vertragsverhältnisses bestimmt sich nach den Regeln, die beim Dienstvertrag gelten, jedoch mit den Modifikationen, die sie gemäß § 675 BGB. nach §§ 672—674 erleiden. Ganz unabhängig von der Fortdauer des Vertragsverhältnisses ist die Fortdauer der Vollmacht, die sich durchweg nach der ZPO. bestimmt.[17])

---

[14]) Die Ablehnung macht ersatzpflichtig nach § 823 II BGB.

[15]) ZPO. § 679 III (§ 686 II 2). Hier hat der Anwalt die Stellung eines gesetzlichen Vertreters, vgl. u. § 124.

[16]) RAO. § 31 Nr. 1 ist auch auf die *einzelne* Handlung zu beziehen. Die Unverbindlichkeit der Weisung zu pflichtwidrigem Handeln ergibt sich übrigens schon aus allgemeinen Grundsätzen. — Mißachtet der Anwalt die ihm gültig erteilten Weisungen, so haftet er auf Schadensersatz und hat z. B. bei auftragswidrig eingelegter Berufung auch keinen Vertragsanspruch auf die Gebühren. Das Gegenteil kann nicht etwa aus der GebO. abgeleitet werden. Diese ordnet die *Höhe* der Gebühren. Die Frage, *ob* sie zu zahlen sind, ist damit noch nicht beantwortet. Vgl. auch u. § 130.

Erlischt der Auftrag, bevor der Prozeß bis zum Ende der Instanz gediehen ist, so erhält der Anwalt in der Regel die Gebühren, die für seine bisherige Tätigkeit erwachsen sind. Wie hoch sie dann sind, normiert der § 50 GebO.[18]) Erlischt der Auftrag durch Kündigung, so können die Gebühren fortfallen oder sich mindern. Denn da die Dienste des Anwalts „höherer Art" sind, so kann, auch wenn die Prozeßführung für den ganzen Rechtsstreit übertragen und übernommen ist, jeder von beiden Teilen jederzeit ohne Einhaltung einer Frist kündigen (BGB. § 627). Soweit die bisher geleisteten Dienste für die Partei kein Interesse haben,[19]) erhält er keine Gebühren, falls er durch vertragswidriges (schuldhaftes) Verhalten[20]) die vorzeitige Kündigung der Partei veranlaßte oder falls er selbst kündigte, ohne durch ihr vertragswidriges Verhalten[21]) dazu veranlaßt zu sein (BGB. § 628). Kündigt der Anwalt ohne wichtigen Grund zur Unzeit, so haftet er auf vollen Schadensersatz (BGB. § 627 II 2).

II. Gesetz und Richteramt.*)

§ 88.

1. Begriff des Gesetzes im Sinne des § 1 GVG.

§ 1 des GVG. bestimmt: „Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetze unterworfene Gerichte ausgeübt."

I. Um die prozessuale Bedeutung und Tragweite dieses an die Spitze des GVG. gesetzten und alle prozessualen Vorgänge als oberste Norm beherrschenden Grundsatzes zu bestimmen, muß zuerst festgestellt werden, was jene Vorschrift unter „Gesetz" versteht.

---

[17]) Vgl. hierüber u. §§ 132 3. Zu beachten ist namentlich folgendes. Während die Prozeßvollmacht zeitlich nicht beschränkt werden kann, ist dies bezüglich des Vertragsverhältnisses sehr wohl möglich. Sonach kann auch der § 672 BGB. zur Anwendung gelangen, und demgemäß auch der § 674. Der an den Gegner bzw. an das Gericht gerichtete Widerruf der Vollmacht (ZPO. § 87) läßt als solcher den Auftrag unberührt. Der § 673 kann insoweit keine Anwendung finden, als die Erben nicht in die Vollmachtsstellung eintreten; wohl aber begründet er für sie die Pflicht zur Anzeige des Todes des bevollmächtigten Anwalts.

[18]) Die Gebühren sind, wie § 50 GebO. sagt, so zu berechnen, „als wenn die Instanz zur Zeit der Aufhebung des Auftrags durch Zurücknahme der gestellten Anträge erledigt wäre, unbeschadet der aus einem Verschulden sich ergebenden zivilrechtlichen Folgen".

[19]) Z. B. weil die Partei die Prozeßgebühr (GebO. § 13 Nr. 1) dem zweiten Anwalt nochmals zahlen muß. [20]) Z. B. durch Verschleppung des Prozesses.

[21]) Ein solches liegt auch in der Zumutung lügenhaften Vorbringens.

*) Ein Lehrbuch des Prozeßrechts muß m. E. eine Darstellung der Richterstellung geben. Diese ist nicht möglich, ohne daß eine Reihe von Fragen berührt würde, die nicht spezifisch prozeßrechtlich sind, sondern einen allgemeinen Charakter haben. Ich fasse mich in Beziehung auf diese Seiten der Materie möglichst kurz, glaube aber, daß sie aus jenem Grunde nicht ganz mit Stillschweigen übergangen werden dürfen.

Vertragsantrag anzunehmen; wohl aber muß er unverzüglich die Ablehnung erklären, widrigenfalls er auf Schadensersatz haftet. Dieser sich aus § 663 mit § 823 II BGB. ergebende Rechtssatz ist in RAO. § 30 besonders ausgesprochen. Ist aber der Rechtsanwalt vom Gericht der Partei „beigeordnet", so darf er den Vertragsantrag nicht ablehnen.[14])

a) Ein Anwalt muß beigeordnet werden im Anwaltsprozeß, falls die Partei keinen Anwalt findet und ihre Sache nicht aussichtslos ist (§ 33 RAO.) oder falls die Partei das Armenrecht hat (ZPO. § 115 Nr. 3). Im Parteiprozesse kann der armen Partei ein Anwalt beigeordnet werden (RAO. § 34). b) Im Entmündigungsverfahren muß ein Anwalt beigeordnet werden, wenn der Entmündigte den Entmündigungsbeschluß anfechten will (ZPO. § 668). Falls die Wiederaufhebung durch Klage beantragt werden soll, kann ein Anwalt beigeordnet werden, wenn der gesetzliche Vertreter die Klage nicht erheben will.[15]) In den Fällen unter a steht die Anordnung dem Gericht zu, in den Fällen unter b dem Vorsitzenden. Die Auswahl unter den Anwälten hat stets der letztere.

2. Die Vollmacht gibt dem Anwalt stets die Substitutionsbefugnis (ZPO. § 81). Im Zweifel darf er sie aber nicht gebrauchen (BGB. § 613); er haftet also für jeden Schaden, der durch die Substitution entsteht.

3. Bei der Prozeßführung ist der Anwalt im Umfang des § 665 BGB. an die Weisungen seiner Partei gebunden. Einer Weisung zu einer pflichtwidrigen Handlung darf er nicht nachkommen.[16]) Ihre Erteilung rechtfertigt die vorzeitige Kündigung, wenn die Partei auf solcher Weisung besteht. — Die Partei hat den Anspruch auf Nachrichten gemäß § 666 und auf Herausgabe alles dessen, was der Anwalt zur Ausführung des Auftrags erhält oder was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat (§ 667). Daß der Anwalt die Handakten vor Ersatz der Aufwendungen und vor der Zahlung der Gebühren nicht herauszugeben braucht, ergibt sich aus BGB. § 273, ist aber in RAO. § 32 I noch besonders ausgesprochen. Bezüglich der zu ersetzenden Aufwendungen und der Vorschußpflicht gelten die §§ 669, 670 BGB. in Verbindung mit GebO. §§ 76—83.

4. Das Erlöschen des Vertragsverhältnisses bestimmt sich nach den Regeln, die beim Dienstvertrag gelten, jedoch mit den Modifikationen, die sie gemäß § 675 BGB. nach §§ 672—674 erleiden. Ganz unabhängig von der Fortdauer des Vertragsverhältnisses ist die Fortdauer der Vollmacht, die sich durchweg nach der ZPO. bestimmt.[17])

---

[14]) Die Ablehnung macht ersatzpflichtig nach § 823 II BGB.

[15]) ZPO. § 679 III (§ 686 II 2). Hier hat der Anwalt die Stellung eines gesetzlichen Vertreters, vgl. u. § 124.

[16]) RAO. § 31 Nr. 1 ist auch auf die einzelne Handlung zu beziehen. Die Unverbindlichkeit der Weisung zu pflichtwidrigem Handeln ergibt sich übrigens schon aus allgemeinen Grundsätzen. — Mißachtet der Anwalt die ihm gültig erteilten Weisungen, so haftet er auf Schadensersatz und hat z. B. bei auftragswidrig eingelegter Berufung auch keinen Vertragsanspruch auf die Gebühren. Das Gegenteil kann nicht etwa aus der GebO. abgeleitet werden. Diese ordnet die Höhe der Gebühren. Die Frage, ob sie zu zahlen sind, ist damit noch nicht beantwortet. Vgl. auch u. § 130.

Erlischt der Auftrag, bevor der Prozeß bis zum Ende der Instanz gediehen ist, so erhält der Anwalt in der Regel die Gebühren, die für seine bisherige Tätigkeit erwachsen sind. Wie hoch sie dann sind, normiert der § 50 GebO.[18]) Erlischt der Auftrag durch Kündigung, so können die Gebühren fortfallen oder sich mindern. Denn da die Dienste des Anwalts „höherer Art" sind, so kann, auch wenn die Prozeßführung für den ganzen Rechtsstreit übertragen und übernommen ist, jeder von beiden Teilen jederzeit ohne Einhaltung einer Frist kündigen (BGB. § 627). Soweit die bisher geleisteten Dienste für die Partei kein Interesse haben,[19]) erhält er keine Gebühren, falls er durch vertragswidriges (schuldhaftes) Verhalten[20]) die vorzeitige Kündigung der Partei veranlaßte oder falls er selbst kündigte, ohne durch ihr vertragswidriges Verhalten[21]) dazu veranlaßt zu sein (BGB. § 628). Kündigt der Anwalt ohne wichtigen Grund zur Unzeit, so haftet er auf vollen Schadensersatz (BGB. § 627 II 2).

II. Gesetz und Richteramt.*)

§ 88.

1. Begriff des Gesetzes im Sinne des § 1 GVG.

§ 1 des GVG. bestimmt: „Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetze unterworfene Gerichte ausgeübt."

I. Um die prozessuale Bedeutung und Tragweite dieses an die Spitze des GVG. gesetzten und alle prozessualen Vorgänge als oberste Norm beherrschenden Grundsatzes zu bestimmen, muß zuerst festgestellt werden, was jene Vorschrift unter „Gesetz" versteht.

---

[17]) Vgl. hierüber u. §§ 132 3. Zu beachten ist namentlich folgendes. Während die Prozeßvollmacht zeitlich nicht beschränkt werden kann, ist dies bezüglich des Vertragsverhältnisses sehr wohl möglich. Sonach kann auch der § 672 BGB. zur Anwendung gelangen, und demgemäß auch der § 674. Der an den Gegner bzw. an das Gericht gerichtete Widerruf der Vollmacht (ZPO. § 87) läßt als solcher den Auftrag unberührt. Der § 673 kann insoweit keine Anwendung finden, als die Erben nicht in die Vollmachtsstellung eintreten; wohl aber begründet er für sie die Pflicht zur Anzeige des Todes des bevollmächtigten Anwalts.

[18]) Die Gebühren sind, wie § 50 GebO. sagt, so zu berechnen, „als wenn die Instanz zur Zeit der Aufhebung des Auftrags durch Zurücknahme der gestellten Anträge erledigt wäre, unbeschadet der aus einem Verschulden sich ergebenden zivilrechtlichen Folgen".

[19]) Z. B. weil die Partei die Prozeßgebühr (GebO. § 13 Nr. 1) dem zweiten Anwalt nochmals zahlen muß. [20]) Z. B. durch Verschleppung des Prozesses.

[21]) Ein solches liegt auch in der Zumutung lügenhaften Vorbringens.

*) Ein Lehrbuch des Prozeßrechts muß m. E. eine Darstellung der Richterstellung geben. Diese ist nicht möglich, ohne daß eine Reihe von Fragen berührt würde, die nicht spezifisch prozeßrechtlich sind, sondern einen allgemeinen Charakter haben. Ich fasse mich in Beziehung auf diese Seiten der Materie möglichst kurz, glaube aber, daß sie aus jenem Grunde nicht ganz mit Stillschweigen übergangen werden dürfen.

1. Gesetz im *formellen* Sinne bedeutet jeden Staatsakt, der „im Wege der Gesetzgebung", d. h. in der für diese verfassungsmäßig vorgeschriebenen Form von den Gesetzgebungsorganen vollzogen wird. Gesetz im *materiellen* Sinne bedeutet im eigentlichen Sinne a) diejenige staatliche *Rechts*setzung, [1]) die sich in der oben bezeichneten förmlichen Weise vollzieht, b) sodann auch den *Inhalt* dieses Beschlusses: die Rechts*vorschrift*, die aus jener Rechtsquelle (a) geflossen ist, also die Norm, der die Gerichte durch den § 1 GVG. unterworfen werden.

2. Als Gesetz (im materiellen Sinne) bezeichnet man aber in freierem Sprachgebrauch alles geschriebene Recht, also auch a) die Rechtsverordnungen, die gemäß gesetzlicher Ermächtigung von anderen staatlichen Organen als den *Gesetz*gebungsorganen erlassen sind, und b) die Statuten, d. h. die Normen, die durch Rechtssetzung seitens solcher kleinerer Kreise im Staate entstehen, denen dieser die Befugnis hierzu (Autonomie) eingeräumt hat. In welchem Umfange und in welchen Formen hiernach Verordnungen und Statuten erlassen werden können, ist eine hier nicht näher zu verfolgende Frage. Nur das ist zu erwähnen: Statuten können nicht nur von Gemeinden, Kirchen und sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts und vom hohen Adel erlassen werden, sondern auch die Verfassungen der privatrechtlichen juristischen Personen sind Statuten in diesem Sinne. Sie enthalten objektives Recht; sie entstehen entweder *gleichzeitig* mit der juristischen Person auf Grund besonderen Gesetzes oder durch die gemäß einer allgemeinen gesetzlichen Bestimmung erfolgende staatliche Verleihung,[2]) oder sie entstehen kraft der den *bestehenden* juristischen Personen eingeräumten, aber wiederum auch nur bei staatlicher Mitwirkung[3]) vollwirksam auszu-

---

[1]) Also im Gegensatz zu solchen Beschlüssen der Staatsgewalt, die keine Abgrenzung der Rechtssphäre der Rechtssubjekte bezwecken, keine Rechte und Pflichten für sie begründen, sondern einen Akt der verwaltenden Staatstätigkeit enthalten. Vgl. Laband, StR. (4) 2 §§ 56, 64, bes. S. 168f., Anschütz in Holtz. Enc. 2 592f., 602f.

[2]) Gemeint ist nicht nur die Verleihung im Sinne des § 22 BGB., sondern auch diejenige, die sich unter der Form der Eintragung im Register verbirgt. Die freie Körperschaftsbildung ist dem heutigen Rechte fremd. Das Gründungsgeschäft (die Einigung der Gründer, das Stiftungsgeschäft) erzeugt als privatrechtliches Rechtsgeschäft möglicherweise Rechtsverhältnisse gewöhnlicher Art unter den Gründern und stellt dann, insoweit dies zutrifft, einen Vertrag dar. Sein Wesen aber besteht nicht in *dieser* Eigenschaft, sondern darin, daß es (als „Gesamtakt") ein *einzelnes* Stück des Tatbestandes ist, von dem die Entstehung der juristischen Person und ihrer Verfassung abhängig ist. Das andere Stück dieses Tatbestandes ist nach jetzt geltendem Recht die staatliche Mitwirkung, die in verschiedenen Formen (als Eintragung, Genehmigung usw.) stattfindet und dem Vorgange das Gepräge gibt. Deshalb ist es auch unrichtig, aus der Mangelhaftigkeit des Gründungsgeschäfts einfach die Nichtexistenz der juristischen Person abzuleiten. Würde ihre Existenz und die Verfassung in derselben Weise auf der Gültigkeit des Gründungsgeschäfts beruhen, wie das Vertragsverhältnis auf der Gültigkeit des Vertrags, so wäre jener Standpunkt allerdings richtig. Daß er aber unrichtig ist, erhellt für die sog. nichtige Aktiengesellschaft aus HGB. § 311 (vgl. §§ 75 7 des Ges. über die Ges. mit beschr. Haftung), generell aber aus FGG. § 32 (vgl. § 142). Vgl. u. § 125 bei Note 9f.

[3]) Vgl. z. B. BGB. § 71.

übenden Satzungsgewalt; sie ergänzen im Rahmen des ius cogens die Vorschriften des Gesetzes und stellen in Verbindung mit diesen die abstrakten Grundsätze dar, nach denen die juristische Person lebt und nach der sich die konkreten Rechtsverhältnisse der Beteiligten dadurch gestalten, daß die in der Verfassung vorgesehenen Tatbestände sich verwirklichen.[4])

Von derselben Art ist das Recht, welches durch eine gemäß GewO. § 134 a—h erlassene Arbeitsordnung entsteht und ebenso wie den Arbeitgeber so auch die Arbeiter durch die Existenz der Ordnung (nicht etwa kraft vertragsmäßiger Unterwerfung) bindet.[5])

3. In einem noch weiteren Sinne versteht man unter Gesetz jede Rechtsnorm, also auch das Gewohnheitsrecht (einschließlich der Observanz als dem Gewohnheitsrecht der Kreise, die Autonomie haben).

In diesem weiten Sinne ist „Gesetz" auch in dem § 1 GVG. zu verstehen.[6]) Ausdrücklich gesagt ist dies in EG. § 12 zur ZPO. („Gesetz im Sinne der ZPO. und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm"), ebenso in EG. § 2 zur KO., EG. Art. 2 zum BGB., wie auch in EG. § 7 zur StPO. Diese Vorschriften regeln die richterliche Tätigkeit im einzelnen. Sie stehen also in untrennbarem Zusammenhange mit dem § 1 GVG., der von ihr im ganzen spricht.[7])

Von dem Gewohnheitsrechte als den Normen, die, ohne vom Staate gesetzt zu sein, durch dauernde gleichförmige Übung im Rechtsleben feste Geltung als Rechtssätze erlangt haben,[8]) muß man den bloßen Gerichts-

---

[4]) Die hier abgelehnte Auffassung (daß die Wirkung der Satzung nur eine rechtsgeschäftliche sei) — so die Kommentare zu § 293 ZPO., Crome, BR. 1 § 18, Enneccerus, BR. (3) 1 § 52 a. E., Planck, Komm. I zu §§ 25, 32) — ist am energischsten von Gierke in seinen großen Werken bekämpft, vgl. DPrR. 1 § 19 und in Holtzendorffs Enc. 1 442 (wo nähere Literaturangaben zu finden sind); ebenso Regelsberger, Pand. 1 § 24, Leist, Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht 1 f. — Umgekehrt sieht Danz, Auslegung 4 f. in jedem Rechtsgeschäft die Erzeugung von Rechtsnorm und Rechtsfolge, vgl. u. § 89[3].

[5]) Der Rechtsinhalt der Arbeitsordnung ist bereits von Gierke, DPrR. 1 § 80 S. 701 klar erkannt. Ihm folgend (aber ohne die Zusammenhänge mit verwandten Erscheinungen zu entwickeln) Örtmann, Die rechtl. Natur der Arbeitsordnung (Sonderabdruck aus der Festschr. f. Hübler 1905), wo ausführliche Literaturnachweise gegeben sind.

[6]) Unrichtig ist es, das internationale Recht, das Völkerrecht und die Staatsverträge als weitere Arten von Rechtsnormen aufzuführen. Die Sätze, die man unter den genannten Namen zusammenfaßt, sind Rechtssätze, an die der deutsche Richter gebunden ist, nur dann, wenn sie in deutschen Gesetzen ausgesprochen oder durch deutsche Rechtsgewohnheit als Rechtsnormen anerkannt sind. Über Staatsverträge vgl. o. Bd. 1 § 4[1].

[7]) Wenn man § 1 GVG. vom Gesetz im engsten Sinne versteht, so ist übrigens das Resultat kein anderes. Es wäre dann in § 1 gesagt, daß das Gericht an die Befehle der höchsten Staatsgewalt gebunden ist, also auch an die Rechtsvorschriften, welche gemäß dem Gesetz (also auch gemäß jenen Vorschriften der zit. EG.) in anderer Weise entstanden sind. Bei dieser Auslegung würde in § 1 gesagt sein, daß das Gesetz (im engsten Sinne) die oberste Norm darstellt (vgl. u. II).

[8]) Über die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts gibt es reichsrechtliche Vorschriften weder für das Gebiet des Prozeßrechts noch für das bürgerliche Recht. Die

gebrauch unterscheiden. Als solcher ist er keine Rechtsquelle, er bindet weder das Gericht, in dessen Praxis er sich entwickelte,[9]) noch die anderen Gerichte. Wohl aber kann der Gerichtsgebrauch der Ausgangspunkt für die Bildung eines Gewohnheitsrechts werden, so daß dann der geübte Satz als Rechtssatz so lange gilt, bis er wieder als solcher beseitigt ist. Diese Wandlung der Gewohnheit zum Gewohnheitsrecht ist dann vollzogen, wenn der Gerichtsgebrauch die Folge nach sich gezogen hat, daß der von den Gerichten geübte Rechtssatz auch im Rechtsleben von den Beteiligten als bestehendes Recht[10]) geübt wird. Dies ist natürlich schwer festzustellen, und es hängt deshalb bei der Antwort auf die Frage, ob jene Wandlung eingetreten ist, sehr viel von der Stellung ab, die der Antwortende zu dem Inhalte des Gerichtsgebrauchs einnimmt.[11])

Geschäftsgebräuche sind so lange jedenfalls nicht Rechtssätze, als sie nur dann maßgebend sind, wenn die Parteien sich ihnen ausdrücklich oder stillschweigend unterworfen haben. So lange gelten sie als Bestandteil der rechtsgeschäftlichen Erklärung.[12]) Anders ist es, wenn der Geschäftsgebrauch ganz ohne Rücksicht auf eine derartige Erklärung Bedeutung hat. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn das Gesetz auf ihn zur Ergänzung seiner Regeln verweist, oder wenn sich ein (zulässiges) Gewohnheitsrecht gebildet hat. Dann haben wir ergänzende Rechtssätze,[13]) die von derselben Kraft sind wie diejenigen, die das Gesetz in sich aufgenommen hat, weil sie zur Zeit seines Erlasses schon so gefestigt waren, daß sie sich zur gesetzlichen Fixierung eigneten.[14])

4. Das Gesetz in dem unter 1—3 erörterten Sinne läßt absichtlich oder unabsichtlich Lücken, die im Geiste des Gesetzes durch Rechtsfindung auszufüllen sind. Die Rechtsordnung im ganzen umfaßt auch die so gefundenen Rechtssätze. Auch sie sind für den Richter maßgebend.[15])

5. Keine Rechtsvorschriften werden durch die rechtsgeschäftlichen Be-

---

landesrechtlichen Bestimmungen haben Bedeutung nur für die dem Landesrecht offen stehenden Materien.

[9]) Auch nicht das Reichsgericht, vgl. GVG. § 137 und u. § 91 II 3 c.

[10]) Nicht nur deshalb, weil man wegen der bestehenden Praxis vermutlich einen Prozeß verlieren würde.

[11]) Die neueste Behandlung des Problems stammt von Saleilles, Einführung in das Studium des deutschen BR. (deutsch von Leonhard 1905) 63 f., wo auch die ausländische Literatur zitiert ist.

[12]) Unkenntnis des Gebrauchs kann dann bewirken, daß die Erklärung, wenn sie nach verständiger Auslegung als stillschweigend abgegeben anzusehen ist, nach § 119 BGB., also deshalb angefochten werden kann, weil die Partei eine Erklärung dieses Inhalts nicht abgeben wollte. Anders im Falle des § 89[26] (S. 147).

[13]) Daß zu ihrer Feststellung auch tatsächliche Feststellungen nötig sind, hat unser Fall mit der Feststellung des Gewohnheitsrechts gemeinsam, s. u. § 90[2].

[14]) Zutreffend Saleilles, Einführung 68/9. Nachträgliche Erhebung von solchen Sätzen zu Gesetzesvorschriften ist zu beobachten bei der neuerlichen Regelung des Verlagsvertrags und des Versicherungswesens.

[15]) Vgl. hierüber näher u. § 93, bes. III 2 und IV.

stimmungen geschaffen. Die nähere Erörterung des Verhältnisses von Gesetz und Parteiwillen wird in § 89 gegeben.

II. Verhältnis der Rechtsnormen untereinander.

Das Gesetz im engsten Sinne ist nicht die einzige, aber die oberste Quelle der Vorschriften, die von den Gerichten anzuwenden sind. Denn sie sind Organe der höchsten Staatsgewalt; auf ihrem Befehl beruht die Einrichtung der Gerichte, und diese haben deshalb den im Wege der Gesetzgebung geäußerten Staatswillen in die Tat umzusetzen; sie werden es tun, solange sich die Autorität der Staatsgewalt in voller Kraft erhält und die Gerichte (namentlich das höchste Gericht) nicht selbst von einer aufrührerischen Bewegung gegen das Gesetz ergriffen sind. Daraus folgt,

1. daß alle Satzung, die nicht im Wege der Gesetzgebung geschehen ist, nur dann eine Rechtsnorm schafft, wenn die Verfassung oder ein Spezialgesetz solche anderweite Rechtssetzung gestattet. Nach Art. 2 der Reichsverfassung gehen die Reichsgesetze und die gemäß Reichsgesetz ergangenen Verordnungen dem Landesrecht vor.[16]) Ein gegen ein Reichsgesetz erlassenes Landesgesetz bindet demnach den Richter nicht; er darf es nicht anwenden, weil der Befehl der Reichsstaatsgewalt stärker ist, als der landesstaatliche. Täte er es, so wäre dies nicht Rechtsanwendung, sondern Rechtsbruch.

2. Das Gesetz — Reichs- und Landesgesetz — kann den Gerichten die Berücksichtigung von Rechtsgewohnheiten ganz oder in gewissem Umfange untersagen. Damit ist der tatsächlichen Übung eines Satzes der Charakter einer selbständigen Rechtsquelle genommen.

Zwar beruht die Kraft des Gewohnheitsrechts keineswegs auf einer stillschweigenden Genehmigung der gesetzgebenden Gewalt; vielmehr ist seine Geltung eine historische Tatsache, heute so gut, wie in den Zeiten, in denen die Rechtsordnung ganz oder doch im wesentlichen auf Gewohnheitsrecht beruhte.[17]) Aber diese Geltung, als einer von den Gerichten anzuwendenden selbständigen Norm,[18]) dauert nur so lange, als sie nicht durch das Gebot der organisierten Staatsgewalt beseitigt ist. Hierzu ist diese aus den oben (1) bezeichneten Gründen sehr wohl in der Lage,[19]) und sie hat von dieser

---

[16]) Über das Verhältnis von Reichs- und Landesprozeßrecht vgl. o. Bd. 1 § 4 II.

[17]) Wie allgemein diese richtige Erkenntnis heute ist, erhellt besonders deutlich daraus, daß die zweite Kommission auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts die Anerkennung der Geltung des Reichsgewohnheitsrechts schließlich als dadurch geschehen ansah, daß man die es beschränkende Vorschrift des § 2 des E. I des BGB. strich. Vgl. Protokolle der II. Komm. 6 359 f.

[18]) Das Gesetz kann nicht hindern, daß das Leben einer reprobierten Gewohnheit tatsächlich folgt.

[19]) Viele Schriftsteller betrachten ein solches Verbot als unverbindlich, vgl. die Literatur bei Windscheid-Kipp 1 § 18[3]. Neuere Anhänger dieser Ansicht: Cosack, BR. (3) 1 §§ 8, 10, vorsichtiger in der 4. Aufl. § 9[10]; Krückmann, Jherings Jahrb. 38 191 ff. Vgl. dagegen bes. Regelsberger, Pand. 1 103, Laband, StR. (4) 2 69 f., Rehbein, BR. 1 S. X, Crome, BR. 1 § 17 und Jherings Jahrb. 39 334 f. Eine glänzende

Fähigkeit, zu den verschiedenen Zeiten in verschiedenem Umfange, mit Erfolg Gebrauch gemacht.[20]) Wie jedes Gesetz, so bleibt allerdings auch ein solches Verbot tatsächlich ein toter Buchstabe oder es wird dazu, wenn die staatlichen Organe bei seiner Durchführung versagen. Ein solcher bewußter Rechtsbruch wäre heute höchstens als vereinzelte Erscheinung denkbar. Wohl aber werden die Gerichte trotz jenes Verbots unabweisbaren Bedürfnissen des Rechtslebens dadurch genügen, daß sie im Wege der „Auslegung" zu einer Rechtsübung gelangen, die sich in ihren Augen lediglich als Anwendung des bestehenden Gesetzes darstellt. Und wenn das Gesetz die Gerichte unabhängig gestellt hat, so ist es gegen eine solche Gedankenarbeit in der Tat machtlos.[21])

Auf dem Gebiete des Prozeßrechts[22]) und Privatrechts enthält das heutige Reichsrecht kein generelles Verbot,[23]) wohl aber auf strafrechtlichem Gebiet.[24])

Nur Reichsgewohnheiten können das Reichsrecht ergänzen oder abändern. Landesgewohnheitsrecht hat keine stärkere Kraft als Landesgesetzesrecht, ist also Rechtsquelle nur so weit, als die Materie dem Landesrecht untersteht[25]) und das Landesgesetz das Gewohnheitsrecht nicht ausschließt.

§ 89.

Fortsetzung: Gesetz und rechtsgeschäftliche Bestimmung.

I. Keine Rechtsquelle sind die Bestimmungen, die von den Parteien beim Abschluß von Rechtsgeschäften getroffen werden.[1]) Vielmehr bilden diese lediglich den Tatbestand, auf den die Rechtsordnung Anwendung findet.[2])

Darstellung der Frage gibt Saleilles a. a. O. (Note 11) 63 f., bes. 75 f. — Die äußerste, von manchen wirklich gezogene Konsequenz der bekämpften Auffassung ist der Satz, daß auch RVerf. Art. 2 gegenüber Partikulargewohnheiten wirkungslos sei. — Wer von der abgelehnten Auffassung ausgeht, aber gleichwohl anerkennt, daß das Gesetz vorschreiben kann, wann ein Gewohnheitsrecht als entstanden anzuerkennen ist, bewegt sich in einem offenbaren Widerspruch.

[20]) Preuß. ALR. Einl. §§ 3, 60, Österr. BGB. §§ 9, 10, Bad. LR. Satz 6, Sächs. BGB. § 28 (aufgehoben durch AG. zum BGB. § 53), DHGB. Art. 1.

[21]) So hat denn das Verbot des ALR. Einl. § 4 auf die Dauer nicht verhindern können, daß die Judikatur der preußischen Gerichtshöfe in der bezeichneten Weise eine mächtige Entwicklung über das ALR. hinaus gebracht hat.

[22]) Vgl. o. Bd. 1 § 4 I, 4.

[23]) Die der statutarischen Rechtssatzung entsprechende Observanz ist ohne Bedeutung, soweit Änderungen der Satzung der Eintragung (BGB. § 71) oder Genehmigung bedürfen.

[24]) StGB. § 2 I, dessen Bedeutung als Ausschließung des Gewohnheitsrechts mit Ausnahme von Binding allerseits anerkannt wird, vgl. v. Liszt, Lehrb. § 17 I. Die Bedeutung des § 2 reicht allerdings weiter: sie schließt auch die Analogie aus, soweit es sich um die Frage handelt, ob ein im Gesetz nicht geregelter Tatbestand strafbar ist.

[25]) Für das Privatrecht folgt dies aus Art. 55 mit Art. 2 EG. zum BGB. in Verbindung mit RVerf. Art. 2.

[1]) Über die Statuten der juristischen Personen vgl. oben § 88 I 2.

Dies ist bei den Rechtsgeschäften nicht anders, als bei sonstigen Tatbeständen.[3]) Das Besondere bei ersteren besteht nur darin, daß der *charakteristische* Bestandteil des Tatbestandes sich als eine Willenserklärung darstellt.[4]) Von diesem Inhalte der Rechtsgeschäfte ist ihre rechtliche Wirkung auf das schärfste zu unterscheiden:[5]) eine Aufgabe, deren Lösung allerdings bei der Eigenartigkeit der Sachlage und bei der Art unserer Gesetzesformulierungen[5a]) auf die größten Schwierigkeiten stößt.

II. *Der Inhalt des Rechtsgeschäfts.*

Den Inhalt des Rechtsgeschäfts bilden lediglich die Erklärungen der Partei oder der Parteien.[6]) Die Frage, welche Erklärungen *abgegeben* sind,[7]) bestimmt sich nicht nach dem Privatrecht,[8]) sondern ist die Tatfrage,

---

[2]) Bülow (Note 3) versteht unter Rechtsordnung zuweilen die rechtliche Ordnung der *konkreten* Lebensverhältnisse. Folgt man diesem Sprachgebrauch, so wäre zu sagen: jene (konkrete) Rechtsordnung tritt lediglich durch Verwirklichung des von der (*abstrakten*) Rechtsordnung vorausgesetzten Tatbestandes ein. (Ganz anders Bülow, s. Note 3.) Jener Sprachgebrauch ist aber zu verwerfen. Er ist ungewöhnlich und irreführend (hier ebenso wie in der Wendung: der Prozeßzweck sei „Bewährung" der Rechtsordnung; vgl. o. Bd. 1 § 1 [7]), namentlich, wenn es im ungewissen bleibt, in welchem Sinne die „Rechtsordnung" gemeint sein soll.

[3]) Auf der Behauptung, daß in dieser Beziehung ein fundamentaler Unterschied bestehe, beruht Bülows Theorie vom „Rechtsgebotscharakter der Rechtsgeschäfte" (Geständnisrecht S. 129). Er meint, die abstrakten Rechtsgebote bedürften, damit die Rechtsordnung (in welchem Sinne?) an das wirkliche Rechtsleben heranreichen könne, einer Ergänzung einerseits durch die „rechtsvollendende Tätigkeit des Richteramts" (S. 130) und anderseits durch die Beteiligten selbst (S. 131). Diese sind ihm „ein dem objektiven Recht eingefügtes, zur Rechtsnormierung verwendetes Hilfsglied" (S. 135); sie bringen „Inhalts- und Wirkungsvorschriften" hervor (S. 132). Hierbei wird der Ausdruck „Rechtsordnung", „Vorschrift" in einem schwankenden und unbestimmten Sinne genommen und übersehen, daß die *abstrakte* Rechtsvorschrift ihrem Begriffe nach *niemals* schon den konkreten Rechtszustand herstellt. *Diesen* Zweck hat nur die lex specialis. — Was Bülow zu sagen *scheint*, hat Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte (1897) klar und bestimmt ausgesprochen: das Rechtsgeschäft schaffe *objektives* Recht, das nur auf die Parteien beschränkt sei. Bülow hat diese Auffassung zwar energisch zurückgewiesen (Geständnisrecht S. 136), aber doch keine Veranlassung genommen, die Gefahr, so verstanden werden zu müssen, zu beseitigen. Die von Stein, ZZP. 23 495 f. gegen Danz gerichteten zutreffenden Bemerkungen sind auch zur Widerlegung von Bülow geeignet.

[4]) Möglich ist, daß *neben* der Willenserklärung von den Parteien noch etwas Weiteres geschehen muß, damit der von ihnen gewollte Erfolg eintrete, z. B. die reale Übergabe einer Sache, oder die Preisgabe des Besitzes.

[5]) Zu den größten Verwirrungen führt es, wenn die Wirkung als der Inhalt des *Rechtsgeschäfts* bezeichnet wird. Die Überschrift vor § 241 BGB. spricht vom Inhalt des Schuld*verhältnisses*, nicht etwa von dem Inhalt des Rechtsgeschäfts, welches ein solches Rechtsverhältnis erzeugt.

[5a]) Vgl. u. III, bes. S. 148/9.

[6]) Beim Vertrag und Gesamtakt.

[7]) Das ist es, worauf es ankommt, wenn die Wirkung des Geschäfts bestimmt werden soll. Die Frage, ob das als gewollt *Erklärte* mit dem übereinstimmt, was als gewollt erklärt werden *sollte*, spielt eine Rolle nur bei der Anfechtung der Erklärung, s. Note 10 und 26.

[8]) Möglich ist, daß das Gesetz der Partei bei dem *Beweise* dessen, was als gewollt erklärt sei, durch eine Vermutung zu Hilfe kommt (so BGB. § 2255 II). Solche Bestimmung, daß beim Beweise einer Tatsache eine andere bis zum Beweis des Gegenteils als bewiesen anzusehen sei (ZPO. § 292), ist eine prozessuale Vorschrift (Beweisregel).

die im Prozesse der Nachprüfung des Revisionsrichters entzogen ist. Falls es sich um eine ausdrückliche Erklärung handelt, so ist diese quaestio facti beantwortet, wenn die gebrauchten Worte und, falls der Wortlaut nicht zweifelsfrei ist, der tatsächlich in den Worten (z. B. in der Urkunde) zu findende Sinn festgestellt ist.[9]) Bei den sog. stillschweigenden Willenserklärungen ist jene Tatfrage erledigt, wenn festgestellt ist, welcher Wille von dieser Person wirklich dadurch an den Tag gelegt wurde, daß sie eine konkludente Handlung vornahm. Jede Beurteilung, die über diese tatsächliche Feststellung von konkreten Geschehnissen hinausgeht, ist nicht mehr Beantwortung der Tatfrage, sondern rechtliche Beurteilung, revisible Anwendung des objektiven Rechts auf den Tatbestand zwecks Feststellung der Rechtswirkung, die infolge der Erklärung, daß ein gewisser Erfolg gewollt sei,[10]) eintritt.

Richtig ist, daß ein Rechtsgeschäft ohne (ernstliche) Offenbarung jenes Wollens nicht vorhanden ist; richtig auch, daß deshalb der Handelnde willensfähig sein muß und daß die Rechtswirkung eintritt, wenn und weil die Rechtsordnung den als gewollt bezeichneten Erfolg billigt. Aber die Rechtswirkung knüpft sich an den von den Parteien geschaffenen Tatbestand ausschließlich kraft des Befehls der Rechtsordnung, und sie hat lediglich den von dieser gebotenen Rechtsinhalt.

Wie es unrichtig ist, wenn man sagt, daß das Gericht kraft besonderer, im Richteramt liegender Befugnis die Rechtsordnung ergänze und vollende,[11]) so gibt es auch keine Rechtsgebote der Parteien, die neben die Gebote der Rechtsordnung treten und Rechtsvorschriften abgeben könnten, nach denen das Gericht sein Urteil über die Wirkung des Rechtsgeschäfts zu bestimmen hätte. Wie man nicht sagen kann, daß der Vater durch die Erzeugung und die Mutter durch die Geburt des Kindes oder der Brandstifter durch die Zerstörung der fremden Sache die Rechtsordnung „vollenden“, weil ohne jene Ereignisse die Normen über das Kindesverhältnis und der § 823 BGB.

---

[9]) Für diese Auslegung gilt der § 133 BGB. und, wenn es sich um Verträge handelt, der § 157, der aber auch die andere Art der Auslegung, deren Zweck die rechtliche Beurteilung ist, betrifft und durch diese Mehrdeutigkeit leicht verwirrt.

[10]) Bülow glaubt die richtige Charakterisierung des Rechtsgeschäfts gefunden zu haben, wenn er es statt als „Willenserklärung“ als „gewollte Sollenserklärung“ („konkretes Rechtsgebot“) bezeichnet (Geständnisrecht 106, 126). Allein Lenel (Krit. VSchr. 42 571) und Kisch (Göttinger Gel. Anz. 1901 S. 218) haben schon richtig bemerkt, daß die Sollenserklärung kein Gegensatz zur Wollenserklärung ist und daß die Erklärung des Sollens stets auf ein Wollen zurückführt. Vgl. auch Thon, ZZP. 27 369 f., der zutreffend ausführt, daß Bülow, da die Erklärung: „es soll so sein“ nichts anderes heißt als: „ich will, daß es so sei“, seine Absicht, den Erfolgswillen auszuschließen, keineswegs erreicht. Zu der streitigen Frage, ob die sog. Erklärungs- oder Willenstheorie gilt, hat das BGB. eine bestimmte Stellung genommen. Das, was der Urheber als gewollt bezeichnet hat, gilt als sein Wille und wirkt nach dem objektiven Sinn, der in der Erklärung nach den Umständen gefunden werden mußte. Eine Divergenz zwischen Wille und Erklärung kann höchstens einen Grund abgeben, um die eingetretene Wirkung durch Anfechtung wieder zu beseitigen (§§ 119, 120, 142).

[11]) So Bülow, vgl. dagegen unten § 93 III.

ein „leerer Rahmen" sein würden und kein „Rechtsverhältnis mit der erforderlichen Bestimmtheit" hervorbringen könnten:[12]) ebensowenig sind die an einem Rechtsgeschäft Beteiligten ein „Hilfsglied für die Rechtsnormierung".[13])

Die Rechtsnormen, die die Wirkung des Rechtsgeschäfts bestimmen, sind in ihrem Verhältnis zum Parteiwillen von verschiedener Art.

III. Die Rechtsfolgen des Rechtsgeschäfts.

In mehr oder weniger weitem Umfang deckt sich die auf den Vorschriften der Rechtsordnung beruhende Wirkung des Geschäfts mit dem, was als gewollt erklärt ist.[14])

In vielen Fällen verlangt das Gesetz, daß der als erstrebt zu bezeichnende Erfolg juristisch scharf charakterisiert ist. Hierher gehören die meisten Geschäfte des Sachenrechts und des Familienrechts, namentlich diejenigen, die im grundbuchmäßigen Verkehr abgeschlossen werden.[15]) Es hängt dies mit der geschlossenen Zahl und der besonderen Natur der hier vom Gesetz anerkannten Rechtsverhältnisse zusammen.

Bei anderen Geschäften, namentlich bei denen, die das Recht der Schuldverhältnisse betreffen, herrscht größere Freiheit. Nur die am häufigsten vorkommenden Geschäftstypen hat das Gesetz auch im einzelnen geregelt. Im übrigen begnügt es sich mit den Vorschriften des Allgemeinen Teils und denen des ersten bis sechsten Abschnittes des zweiten Buchs und erkennt jede Regelung, welche die gesetzlichen Schranken nicht überschreitet, als rechtlich wirksam an. Auch bei diesen freien Geschäften mag es, wenn die Redaktion der Parteierklärungen durch geschulte Juristen oder unter ihrer Beihilfe geschieht, vorkommen,[16]) daß die dem Geschäft seinen individuellen Charakter gebende Hauptwirkung und daneben auch noch die eine oder andere Nebenwirkung des Geschäfts in rechtlich genau bestimmter Weise zum Inhalt der Parteierklärung gemacht wird. Das ist möglich, aber es ist nicht notwendig und im kleinen Verkehr des täglichen Lebens selbst bei Juristen höchst selten.[17]) Das Gesetz begnügt sich damit, daß der erstrebte wirtschaft-

[12]) So sagt Bülow, Geständnisrecht 132 in Beziehung auf das Mietverhältnis, weil es ohne genauere individuelle Bestimmung nicht entstehen könne. Ebenso wieder ZZP. 31 267 o.

[13]) Die in Anführungszeichen gesetzten Worte sind Zitate aus Bülow, vgl. o. Note 3.

[14]) Rechtssätze, bei denen diese Übereinstimmung vorhanden ist, werden im folgenden als sanktionierende bezeichnet.

[15]) Bei diesen sog. gebundenen Geschäften ist meistens eine bestimmte Form vorgeschrieben. Sie bezweckt nicht nur die Beobachtung einer äußeren Form, sondern auch die Formalisierung des Inhalts der Parteierklärung (z. B. Ehe, Auflassung, Eintragung einer Hypothek oder Grundschuld).

[16]) So namentlich, wenn zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs ein außergewöhnlicher Weg eingeschlagen werden soll, wie z. B. bei fiduziarischen Geschäften.

[17]) Wo dem Richter das Prozeßmaterial durch Anwälte vorgetragen wird, pflegen diese, häufig ganz unbewußt, nicht eine wirkliche Geschichtserzählung vorzutragen, sondern sie geben selbst da, wo sie tatsächliche Angaben zu machen bestrebt sind, diese häufig schon „in juristischer Zubereitung" (Brodmann, ziv. Arch. 98 104). Namentlich der Theoretiker ist in der Gefahr, zu glauben, daß im Leben der rechts-

liche Erfolg mit hinreichender Deutlichkeit bezeichnet ist.[18] [19] Das Wesen dieser Rechtsgeschäfte ist natürlich aus dem, was notwendig ist, zu bestimmen, nicht etwa aus dem, was hinzugefügt werden kann, aber nicht wesentlich ist.

Die Rechtsfolgen des Geschäfts bestimmt die Rechtsordnung auch da, wo sie den Parteiwillen sanktioniert.[20] Die Vorstellung, daß da, wo eine Parteifestsetzung vorhanden ist, das Gesetz eigentlich nichts mehr zu tun oder höchstens das Festgesetzte nur noch zu bestätigen habe, muß völlig fallen gelassen werden. Die Rechtsordnung ist überall die Quelle von Berechtigung und von rechtlicher Pflicht. Auch dadurch, daß sie dem Parteiwillen bezüglich der Regelung des Lebensverhältnisses einen weiten Spielraum läßt und ihn zum Teil in blanco sanktioniert,[21] erhält die Parteifestsetzung nicht eine Rolle, die mit der Funktion der sanktionierenden Rechtsvorschriften auch nur im entferntesten vergleichbar wäre.

Die Funktion der Rechtsordnung, ihre Herrschaft über den Parteiwillen, erhellt am deutlichsten, wenn man an die zwingenden Rechtsvorschriften denkt. Sie haben nicht nur den Inhalt, daß die Privaten Geschäfte gewisser Art überhaupt nicht[22] oder nur unter Weglassung von Festsetzungen, die im allgemeinen zulässig sind,[23] abschließen können. Vielmehr gibt es neben diesen mehr negativ wirkenden Normen auch solche, die im vollen Gegensatz zu den Parteifestsetzungen eine einzelne positive Wirkung als Geschäftswirkung eintreten lassen oder diese sogar im ganzen völlig anders bestimmen, als die Parteien es gewollt haben.[24]

Theoretisch ist es ja auch denkbar, daß die Parteien die Wirkungen ihres Geschäfts in allen Möglichkeiten festsetzen, so daß die Rechtsordnung

---

geschäftliche Verkehr sich so abspiele, wie der Tatbestand von Juristen erzählt zu werden pflegt.

[18]) Vortrefflich ist dies von Lenel, Jahrb. 19 154 f. (vgl. auch KrVSchr. 42 571 f.) begründet, in neuerer Zeit zustimmend Manigk, Rechtsgeschäft 80 f. Die Literatur führen an Windscheid-Kipp 1 § 69 [1a], Enneccerus, BR. 1 § 136.

[19]) So erteile ich eine „Vollmacht“, mag ich diesen Ausdruck gebrauchen oder dem mir unterwegs begegnenden Schuldner einfach sagen: Du kannst das Geld bei meinem Dienstmädchen abgeben. Ich erteile einen Auftrag, mag ich diesen Ausdruck gebrauchen oder dem Freunde sagen: Bitte, besorge mir diesen Brief auf die Post. Ich schließe einen Transportvertrag, wenn ich in die Droschke steige und nichts weiter als den Bestimmungsort angebe. [20]) Über diesen Begriff s. o. Note 14.

[21]) Gewöhnlich geschieht dies dadurch, daß das Gesetz einen Punkt des sich aus dem Rechtsgeschäft ergebenden Rechtsverhältnisses regelt, aber den Zusatz macht: „wenn (soweit, sofern) nicht ein anderes bestimmt (vereinbart) ist“. Man nennt solche den Parteien eine andere Disposition freistellenden Rechtssätze dispositive. Derselbe Charakter kommt auch sehr vielen Vorschriften zu, welche jenen Zusatz nicht ausdrücklich machen.

[22]) Vgl. BGB. §§ 134, 138, 762. [23]) Vgl. z. B. § 925 II.

[24]) Vgl. z. B. BGB. § 276 II (Vertragshaftung für Vorsatz trotz entgegengesetzter Verabredung), §§ 419, 619, 2109, 2113 II mit § 2136. Besonders deutlich RGes. betr. Abzahlungsgeschäfte §§ 1—6, GewO. § 38 (auf ihn hat schon Stein ZZP. 23 496 gegen Danz aufmerksam gemacht), GewO. §§ 115/7, BGB. § 1967 (Haftung für die Schulden, obgleich bei der Erbschaftsannahme gesagt ist, daß sie ausgeschlossen sein solle).

nur eine sanktionierende Rolle spielt. Praktisch möglich ist es bei Verkehrsgeschäften selten und wird auch nur selten versucht. Fast durchweg liegen die Verhältnisse so, daß die Rechtsordnung mit ergänzenden Rechtssätzen[25]) eingreifen muß, so z. B. um die Situationen, die sich im Laufe eines Mietverhältnisses oder anläßlich eines Kaufs ergeben, rechtlich zu regeln. Alle diese Wirkungen sind ihrem Wesen nach gleich; bei einem Vertrag sind sie sämtlich **Vertragswirkungen**, weil sie aus dem Vertragsschluß entspringen. Die rechtsgeschäftlichen Wirkungen greifen Platz nicht etwa nur dann, wenn, und nur deshalb, weil die Parteien sie gewollt haben, sondern weil die Rechtsordnung sie für den Fall vorschreibt, daß die den Tatbestand des Rechtsgeschäfts bildende Willenserklärung abgegeben ist.[26])

Verwerflich ist die in Theorie und Praxis herrschende Gewohnheit, alle Folgen der Rechtsgeschäfte auf den stillschweigend erklärten Willen der Parteien zurückzuführen.[27]) Diese auch prozessual zu Irrtümern führende Vorstellung wird durch einige im Ausdruck verfehlte Vorschriften des BGB. gefördert.

---

[25]) Sie ergänzen nicht den konkreten Parteiwillen, sondern die gesetzlichen Vorschriften, die eine Parteierklärung voraussetzen und die Wirkung gemäß derselben bestimmen. So ist der § 459 ein Rechtssatz, welcher den die Kaufberedung sanktionierenden Rechtssatz ergänzt. Dieser ergänzende Rechtssatz wirkt als ein sanktionierender, wenn die Parteien die Haftung des Verkäufers für Mängel vereinbart haben.

[26]) Die praktische Bedeutung dieses Gesichtspunkts zeigt sich bei § 119 BGB. Eine Anfechtung wegen Irrtums über die Rechtsfolgen eines Geschäfts ist, wie RG. 51 S. 283 zutreffend ausführt, nicht zugelassen, sondern man kann nur wegen Irrtums über die Bedeutung (den Sinn) der abgegebenen Erklärung anfechten, also z. B. wenn man gesagt hat: „ich kaufe" statt: „ich miete", nicht aber, wenn ich nachträglich erfahre, daß ich als Verkäufer auch für die Mängel hafte, oder daß ich aus der Zusicherung einer Eigenschaft zu Schadensersatzleistung verpflichtet bin. A. M. Ortmann Bl. f. RA. in Bayern 67 1 f., 25 f., 45 f. Gegen ihn Staudinger-Riezler, Erl. V, 2 zu § 119.

[27]) Ein Blick in die Entscheidungen unserer Gerichte bestätigt unsere Behauptung. Ein Beispiel mag genügen. Die neuere Judikatur des RG. sucht mit Recht die unerträglichen Entscheidungen zu vermeiden, die sich aus einer mechanischen Anwendung des § 833 BGB. ergeben (vgl. z. B. RG. 54 Nr. 114: der Tierhalter haftet dem aus Gefälligkeit mitgenommenen Fahrgast, wenn die Pferde durchgehen, RG. 50 S. 249 f.: der Dienstberechtigte haftet dem Pferdeknecht). Gegenüber dem Trainer und dem Hufschmied wird jetzt die Haftung verneint (58 Nr. 104, JWSchr. 1905 S. 318 Nr. 5). Obwohl nun die zweite Instanz festgestellt hatte, daß ein vertragsmäßiger Ausschluß der Haftung weder ausdrücklich noch stillschweigend geschehen sei (58 S. 411), meint das RG., der Umstand, daß der Trainer sich einer größeren Gefahr unterziehe, als der Pferdeknecht, biete einen Anhalt für die Annahme, daß es in der Absicht der Vertragschließenden (Eigentümer und Trainer) gelegen habe, eine Haftung des Eigentümers für diejenigen Gefahren auszuschließen, denen der Kläger infolge der Erfüllung der vertragsmäßig übernommenen Pflichten ausgesetzt sein würde. Das RG. trägt also kein Bedenken, seine Verneinung der Haftung entgegen der tatsächlichen Feststellung auf einen stillschweigenden Verzicht der Parteien zurückzuführen. Wäre dies ernstlich so gemeint, so läge ein Verstoß gegen § 561 ZPO. vor. Aber jener Verzicht ist nur ein Konstruktionsmittel, dessen sich der Gesetzgeber allerdings bedienen kann und häufig bedient, das aber die Praxis nicht gebrauchen darf. Die richtige Begründung jener Entscheidung liegt darin, daß in den bezeichneten Fällen die Deliktshaftung durch die Vertragshaftung ausgeschlossen ist, letztere aber ein Verschulden der Vertragspartei (des Dienstberechtigten, des gefälligen Fuhrherrn) voraussetzt. Vgl. u. § 93[9].

Hierher gehören zunächst die Vorschriften, die gerade für den Fall, daß die Parteien eine bestimmte Frage nicht geregelt haben, die maßgebende Rechtsnorm in der Wendung aufstellen, daß ihr Inhalt „als stillschweigend erklärt (vereinbart) gilt“.[28]) Damit wird nicht etwa eine Vermutung (also eine prozessuale Beweisregel) für das tatsächliche Vorhandensein des Parteiwillens und seine stillschweigende Erklärung aufgestellt, sondern das Gesetz gibt eine rein materielle Rechtsvorschrift.[29]) Die Form, in die sie eingekleidet wird,[30]) erklärt sich daraus, daß das Gesetz eine Vorschrift gibt, die der Regelung entspricht, welche verständige und billig denkende Menschen in einer Situation der fraglichen Art treffen würden. Diese Regelung ist in dem konkreten Falle von diesen Parteien nicht getroffen. Das Gesetz trifft sie so, wie der Wille der Parteien sein sollte, und rechtfertigt gewissermaßen die unmittelbar auf seinem Willen beruhende Bestimmung der Geschäftswirkung[31]) durch den Ausdruck, daß in derartigen Fällen ein solcher Wille dieser Parteien und seine Erklärung als vorliegend fingiert werde. Damit stellt das Gesetz verschiedene Tatbestände in der Rechtsfolge gleich und schreibt den Gesichtspunkt vor, von dem aus diese zu konstruieren ist; nicht aber berechtigt und verpflichtet es uns, an einen Willen

---

[28] So z. B. BGB. §§ 370, 568, 612, 632, 653, 689, 2104. Auch die ZPO. verwendet die Form der Fiktion sehr häufig, vgl. z. B. §§ 39, 90 II, 138 II, 175 I 2, 269, 333.

[29] Besonders deutlich erhellt dies im Falle des § 2104, verglichen mit § 2105. In § 2104 heißt es für den Fall, daß der Erblasser den Nacherben nicht bestimmt hat: „es ist anzunehmen, daß als Nacherben diejenigen eingesetzt sind, welche“ usw. In § 2105 vermeidet das Gesetz diese irreführende Ausdrucksweise und sagt für den Fall, daß der Erblasser einen Vorerben nicht bestimmt hat, klipp und klar: „so sind die gesetzlichen Erben des Erblassers die Vorerben“. Es gibt eben nicht nur gesetzliche Vorerben, sondern auch gesetzliche Nacherben. Diese Tatsache wird durch die Fassung des § 2104 verdunkelt, aber nicht aus der Welt geschafft.

[30] Diese Ausdrucksweise ist nicht die der klassischen römischen Juristen; sie ist erst durch Interpolationen in ihre Aussprüche hineingebracht, wie Gradenwitz, Interpolationen 170f. nachgewiesen hat. Vgl. auch Hedemann, Die Vermutung §§ 5, 6.

[31] Der Rechtssatz ergänzt also die Rechtsfolgen; den Parteiwillen ergänzt er nicht, sondern er ersetzt ihn. Deshalb ist auch, wenn ein solcher Rechtssatz kraft Gesetzes oder Gewohnheitsrechts existiert, der angebotene Beweis, daß der Parteiwille nicht vorhanden war, gar nicht zu erheben, weil das zu Beweisende völlig irrelevant ist. (So auch die interessante Entscheidung RG. 54 S. 182, aber mit der nicht zutreffenden Wendung, daß der Eintritt der Vertragswirkung ein Rechtsnachteil sei.) Auch zur Anfechtung § 119 kann ein solcher Irrtum nicht führen, weil er nicht eine irrtümlich abgegebene stillschweigende Erklärung, sondern nur die Rechtsfolge betrifft, die sich kraft Gesetzes an den Tatbestand anknüpft, zu dem jene im Gesetz als stillschweigend abgegeben fingierte Erklärung nun einmal nicht gehört. (Die wirkliche stillschweigende Erklärung ist aus denselben Gründen anfechtbar, wie die ausdrückliche. — Ganz anders als im Falle BGB. §§ 612, 632 ist es, wenn eine Sache ohne Festsetzung des Kaufpreises entnommen wird. Hier fehlt eine den §§ 612, 632 entsprechende Gesetzesvorschrift. Zum Tatbestand des Kaufgeschäfts gehört notwendig die Festsetzung des Preises, und es ist deshalb der nach § 433 BGB. erforderliche Tatbestand nur vorhanden, wenn die Festsetzung stillschweigend erfolgt ist. Das ist quaestio facti, während es sich im Falle des § 612 (wenn die Dienstleistung nur gegen Vergütung zu erwarten ist) um eine quaestio iuris handelt, die das Gesetz unter der Voraussetzung beantwortet, daß eine Erklärung fehlt.

zu glauben und mit ihm als einem vorhandenen zu operieren, der in Wirklichkeit nicht vorhanden ist.

Ihrem wahren Wesen nach sind diese vielfach als Auslegungsregeln bezeichneten Vorschriften von den dispositiven in keiner Weise verschieden. Man denke z. B. an die Vorschrift über die Mängelhaftung (§ 459 BGB.). Gewiß beruht auch sie auf der Beobachtung dessen, wie Musterkontrahenten es halten würden. Aber die Vorschrift will nicht etwa sagen, daß der Richter anzunehmen habe, daß die (durch ihre Existenz vielleicht höchlichst überraschten) Parteien sie gewollt hätten. Wie sie also nicht eine Regel für die Auslegung des Parteiwillens im Sinne der Feststellung der tatsächlich abgegebenen Erklärungen ist, so betreffen auch jene Auslegungsregeln die Auslegung nur im Sinne der Feststellung des anzuwendenden Rechtssatzes.

Dies gilt auch für die große Zahl von Vorschriften, die bestimmen, daß eine Vorschrift „im Zweifel" gilt[32]) oder daß „im Zweifel anzunehmen ist", die gesetzlich fixierte Rechtsfolge solle eintreten,[33]) oder daß eine solche festgesetzt ist, „sofern nicht ein anderer Wille anzunehmen ist".[34]) Das ist etwas anderes, als wenn hier gesagt wäre: „sofern der Erklärende nichts anderes bestimmt **hat**" oder bei einem Vertrag: „sofern die Parteien nichts anderes vereinbart **haben**". Wäre dies geschehen, so würde sich die Rechtslage einfach gemäß den Erklärungen (also kraft sanktionierenden Rechtssatzes) bestimmen. Aber die gesetzliche Regelung tritt **unmittelbar** kraft Gesetzes ein, also auch dann, wenn die Folge dem Bewußtsein und dem Willen der Beteiligten vollständig fremd war. Auf ihren Willen kommt es nur insofern an, als sie — in gehöriger Form und bei einem Vertrag durch Vereinbarung — die Rechtsregel pure ausgeschlossen oder etwas anderes positiv festgesetzt haben. Im übrigen bleibt diese — und darin liegt der einzige, aber sehr wichtige Unterschied[35]) von den gewöhnlichen dispositiven Vorschriften[36]) — dann außer Betracht, wenn die Um-

---

[32]) Vgl. z. B. BGB. §§ 30, 125², 154, 331, 336 II, 337 I, 2066 f., 2084. — Der § 742 gehört nicht hierher, weil er sich nicht auf Rechtsgeschäfte bezieht, sondern die communio incidens regelt. (Dies übersieht Hedemann, Vermutung 228.) „Im Zweifel" hat hier eine andere Bedeutung; es handelt sich, wie auch Stammler, Schuldverhältnisse 75¹ annimmt, hier um eine Rechtsvermutung. Im Falle des § 948 muß z. B. derjenige, der ungleichen Teil beansprucht, beweisen, daß die vermischten Sachen ungleichen Wert hatten.

[33]) Vgl. z. B. BGB. §§ 329, 330, 361, 2074.

[34]) Vgl. z. B. BGB. §§ 153, 335.

[35]) Ihn leugnet Kipp zu Windscheid 1 § 84 a. E.

[36]) Vielfach (vgl. z. B. Planck (3) I, 23/4) sagt man, daß die Auslegungsregel dann nicht zur Anwendung komme, wenn aus den Umständen ein abweichender Wille der Parteien zu entnehmen sei, ohne daß es eines besonderen rechtsgeschäftlichen Aktes bedürfe. Gegen diese Auffassung, welche den konkreten Parteien einen Willen andichtet, anstatt auf den Willen abzustellen, den sie haben sollten, aber nicht zu haben brauchen, vgl. Regelsberger, Pand. 1 § 32, Kohler, Jahrb. 17 319, Stein, Privates Wissen 132 f., Lenel, Jahrb. 36 46, Stammler, Schuldverhältnisse 50 f., Hellwig, Verträge 149, 316 (mit Beziehung auf § 328 BGB.), Kipp zu Windscheid 1

stände des Falles derart besonders gelagert sind, daß das Platzgreifen der Regel bei verständiger Würdigung nicht als gerechtfertigt erscheint. Bezeichnet man auch diese Vorschriften als Auslegungsregeln,[37]) so muß man sich doch auch hier vor dem Irrtum hüten, daß es sich um Willensvermutungen handle. Ob jene besonderen Umstände vorliegen, nur das ist Tatfrage; ob sie die Ausnahme von der Regel rechtfertigen und wie die rechtliche Beurteilung sein muß, das ist (revisible) Rechtsfrage.

IV. Das Ergebnis ist: Die Rechtswirkung beruht auch bei Rechtsgeschäften auf der Rechtsordnung. Sie stimmt zum Teil mit dem Inhalt der Parteierklärung überein, geht aber auch darüber hinaus, sei es, daß das objektive Recht die nicht geregelten Punkte unmittelbar ordnet, sei es, daß es der Parteierklärung in einzelnen Punkten die Wirkung versagt oder positiv eine andere Wirkung an Stelle der als gewollt bezeichneten eintreten läßt. Durch ihre Tätigkeit ergänzen die Parteien nicht die Rechtsordnung, indem sie Rechtsvorschriften aufstellen, sondern sie schaffen den Tatbestand. Die richterliche Tätigkeit, welche die Rechtswirkung des vorliegenden Tatbestandes ermittelt, ist niemals tatsächliche Feststellung, sondern rechtliche Beurteilung, Rechtsanwendung durch Subsumtion des Tatbestandes unter die Normen der Rechtsordnung, und deshalb im Wege der Revision nachzuprüfen. Irrevisible tatsächliche Feststellung ist nur die Ermittlung der tatsächlich abgegebenen Erklärungen und der sonstigen Umstände, von denen die Rechtsordnung die Anwendung ihrer Vorschriften abhängig macht.

§ 90.

2. Das richterliche Prüfungsrecht.

I. Sind die Gerichte dem Gesetz und nur dem Gesetz unterworfen, so versteht es sich auch von selbst, daß sie im einzelnen Falle selbständig die Existenz und den Inhalt der anzuwendenden Vorschriften zu prüfen haben. Selbständig: d. h. so, daß sie bei dieser Prüfung weder an übereinstimmende Erklärungen der Parteien, noch an eine etwaige Belehrung seitens der höheren Gerichte oder Justizverwaltungsbehörden gebunden sind. Bestätigt wird dies durch die Vorschrift des § 293 ZPO.[1]) Danach muß der Richter von Amts wegen alles in irgend einem Teile seines Staates jetzt geltende und das

---

§ 72 nach Note 12, Schneider, Tr. u. Gl. i. R. d. SchV. 188 f., Zitelmann, Allg. Teil 91, Hedemann, Vermutung 227 f., Leonhard, Beweislast 329–331 (vgl. aber S. 328: die Auslegungsregel stelle den Inhalt(!) der Äußerung fest) und in besonders eindringlicher Darstellung Saleilles, Einführung 42 9.

[37]) Diese sind fertige Rechtssätze; unsere Vorschriften weisen auf die Rechtsfindung hin (vgl. näher u. § 93, bes. S. 164 f.).

[1]) Vgl. nam. Stein, Das private Wissen des Richters 174 f., Barazetti Z. f. intern. Pr. u. StrR. 7 481 f.

frühere Recht (also jeder deutsche Richter das Reichsrecht) kennen oder unter Benutzung aller Erkenntnisquellen erforschen. Eine Modifikation erleidet dieser Grundsatz nur in Beziehung auf das Gewohnheitsrecht und Statuten, generell aber bezüglich des in einem anderen deutschen Staate, in den Schutzgebieten oder im Auslande geltenden Rechts. Auch solche Normen darf das Gericht (jeder Instanz) in jeder Weise erforschen, und es wird dies tun, soweit es nach den Umständen möglich, also von der Rücksicht auf die richterliche Würde gefordert ist. Nur soweit ihm das Recht unbekannt bleibt, ist es Sache der Partei, die Rechtsvorschrift, auf die sie sich stützt, zu beweisen.[2]) Aber auch dann ist das Gericht bei der Ermittlung der Rechtsnorm auf die von den Parteien angebotenen oder beigebrachten Beweise nicht beschränkt.

II. Der Umfang des richterlichen[3]) Prüfungsrechts ist streitig.

1. Das Gesetz ist als unmittelbarer Ausdruck des Staatswillens die oberste Rechtsquelle gegenüber allen anderen Satzungen und der Rechtsgewohnheit, und das Reichsgesetz und die (gesetzmäßigen) Reichsverordnungen gehen wiederum allen Landesrechten vor. Demnach hat das Gericht stets die Frage zu prüfen, ob nicht die schwächere Rechtsquelle sich mit der stärkeren in Widerspruch gesetzt hat.[4]) Bei Verordnungen ist also insbesondere zu prüfen, ob sie die gesetzliche Grundlage haben.[5])

Eine Ausnahme gilt in manchen deutschen Staaten bezüglich der landesherrlichen Verordnungen. In Preußen bestimmt Art. 106 Abs. 2 der Verfassung: „Die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter königlicher Verordnungen steht nicht den Behörden, sondern nur den Kammern zu.“ Damit ist nicht mehr und nicht weniger gesagt, als daß der Richter entgegen der Regel nicht danach fragen darf, ob die königliche Rechtsanordnung der Mitwirkung der preußischen Kammern bedurft hätte.[6])

---

[2]) Der Beweis des Gewohnheitsrechts kann geführt werden 1. durch Beweis von Übungsfällen, also Tatsachen, aus denen der Richter auf das Bestehen des Rechtssatzes schließen soll, 2. oder durch Beweis der Existenz des fertigen Rechtssatzes (Zeugnisse, Urteile der Gerichte usw.). Über die Tatsachen (1) kann dem Gegner, soweit es sich um seine eigenen Handlungen handelt, auch der Eid zugeschoben werden. § 445 bleibt außer Betracht, da der Dritte Rechtsvorgänger oder Vertreter in Beziehung auf das abzuurteilende Rechtsverhältnis sein muß (a. M. Seuffert zu § 293).

[3]) Mit Recht bemerkt Laband, StR. (4) 2 40, daß es unrichtig ist, die Frage nur in Beziehung auf die Prüfung des Richters zu stellen. Wir beschränken uns auf diese Seite der Frage, weil wir uns nur mit der Stellung des Richters zu beschäftigen haben.

[4]) Hierüber ist man einig. Nur über das Verhältnis von Gesetz und Gewohnheit besteht der o. § 88 II besprochene Streit. — Bezüglich der statutarischen Rechtssatzung ist die Prüfung ihrer Rechtmäßigkeit völlig frei. Bei Vereinen führt aber die Nichtigkeit einer Bestimmung der Satzungen, wenn trotzdem die Eintragung erfolgt ist, nicht zu dem Ergebnis, daß die juristische Person nicht existiert, vgl. o. § 89 I, 2b und u. § 125 I.

[5]) So auch RG. 24 Nr. 1 (Prüfung, ob eine kaiserliche Verordnung sich in den Grenzen des zu ihrem Erlaß ermächtigenden Gesetzes hält).

[6]) Übereinstimmende Vorschriften gelten in Oldenburg, Braunschweig, Rudolstadt, Sondershausen, Reuß j. L., Waldeck (Gierke, DPr. 1 § 18[42]).

2. Ist von den gesetzgebenden Organen ein Gesetz in den gewöhnlichen Formen beschlossen, so darf das Gericht nicht danach fragen, ob es nicht etwa als Verfassungsänderung in qualifizierter Weise hätte zustande gebracht werden müssen und ob bei einem Reichsgesetz die Zuständigkeit des Reichs vorhanden war.[7])

3. Die Ausfertigung der Reichsgesetze ist das Amt des Kaisers. Erteilt er sie, so beurkundet er hiermit, daß die „Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags" erfolgt sei. Diese öffentliche Urkunde erbringt nach ZPO. § 418[I] „vollen Beweis der in der (öffentlichen) Urkunde bezeugten Tatsachen". Streitig ist, ob Gegenbeweis zulässig sei, ob also der Richter trotz jenes kaiserlichen Zeugnisses die erfolgte Zustimmung, die Beschlußfähigkeit des Reichstags, das Stimmenverhältnis im Bundesrat usw. nachprüfen darf. Die entsprechende Frage erhebt sich bei den Landesgesetzen.

Ausdrücklich ist der Gegenbeweis nicht ausgeschlossen. Trotzdem ist er aus staatsrechtlichen Gründen als unzulässig zu erachten.[8])

4. Die letzte Frage ist, ob das Vorliegen der kaiserlichen Ausfertigung deshalb als feststehend zu erachten ist, weil das Gesetz im Reichsgesetzblatt vorschriftsmäßig verkündet ist. Auch dies ist zu bejahen.[9]) Das Gesetzblatt ist eine öffentliche Urkunde,[10]) die vollen Beweis erbringt (ZPO. § 418), auch hier wieder aus staatsrechtlichen Gründen unter Ausschluß des Gegenbeweises. Das im Gesetzblatt als Gesetz Publizierte[11]) ist für den Richter wie für jeden, den es angeht, das Gesetz in seiner äußeren Erscheinung: „Die Reichsgesetze erhalten ihre verbindliche Kraft **durch ihre** Ver-

---

[7]) So auch RG. 48 S. 88.

[8]) Der Hauptvertreter dieser Ansicht ist Laband, StR. (4) 2 § 55 III (S. 37 f.), der mit Recht bemerkt, daß die Gegner inkonsequent sind, wenn sie die richterliche Prüfung der interna corporis ausschließen, mit welchem Zugeständnis übrigens die Streitfrage fast alle praktische Bedeutung verliert. Denn die Annahme, daß der Kaiser eine Anordnung als verfassungsmäßig zustande gekommenes Gesetz verkünden würde, obwohl einer der Faktoren seine Zustimmung nicht gegeben hätte, stellt entweder nur eine reine Doktorfrage (Laband) oder setzt eine Revolution voraus und ist dann eine reine Gewissensfrage. An Laband haben sich Zorn, StR. 1 116, Jellinek, Gesetz u. Verordnung 396 f., Seydel, BayStR. 3 551 f., Anschütz in Holtzendorffs Enc. 2 608, Arndt i. Recht 1904 S. 348 angeschlossen. Gegner sind alle Zivilisten — so Windscheid-Kipp 1 § 14 [2], Gierke, DPrR. 1 S. 138 ff., wo weitere Literatur angeführt ist, ferner Crome, BR. 1 § 16 [6], Enneccerus, BR. (3) 1 § 46 (der sich auf RG. 24 Nr. 1 bezieht, wo nur von Verordnungen die Rede ist), Dernburg, BR. 1 § 26 III — und eine Reihe von Publizisten. — Vielfach wird aus Artikel 106 [II] der Preuß. Verf. abgeleitet, daß dem preußischen Richter die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der preußischen Gesetze entzogen sei. Das ist eine unrichtige Begründung eines richtigen Satzes. Denn Art. 106 [II] bezieht sich nur auf königliche Verordnungen und berührt die Frage nach dem Zustandekommen des Gesetzes nicht, vgl. Arndt i. Recht 1904 S. 348 ff. [9]) So Laband a. a. O. 51, Anschütz a. a. O. (Note 8).

[10]) Der Umstand, daß die Urkunde auch die Unterschrift nur gedruckt enthält, ist kein Grund gegen das Gesagte.

[11]) Nur das Publizierte ist Gesetz. Ob auch Rechtsverordnungen verkündet werden müssen, oder ob andersartige Verkündigung (im Zentralblatt für das Deutsche Reich) genügt, ist streitig. Letzteres nimmt RG. 40 S. 76, 48 S. 88 an, ersteres mit Recht die überwiegende Meinung, vgl. Laband, StR. (4) 2 101 c. cit.

kündigung von Reichs wegen, welche vermittelst eines Reichsgesetzblattes geschieht“ (RVerf. Art. 2).

Die gleichen Grundsätze gelten für die Verkündigung der Gesetze der Bundesstaaten.

Auch bezüglich der Verordnungen ist die gehörige Verkündigung die authentische Feststellung ihres formell ordnungsmäßigen Zustandekommens.[12])

5. Welche Wirkung hat es, wenn im Gesetzblatt infolge eines Versehens der Text mit der Ausfertigung nicht übereinstimmt? Die Antwort ergibt sich aus dem zu 4 Gesagten. Begründet die Verkündigung eine praesumtio iuris et de iure für die Übereinstimmung, so ist der verkündete Text so lange maßgebend, bis die Berichtigung durch Verkündigung des richtigen Textes erfolgt ist.[13])

Anders ist es, wenn der Text der Ausfertigung verkündigt ist, aber mit den von den gesetzgebenden Faktoren gefaßten Beschlüssen nicht übereinstimmt, oder wenn bei diesen selbst sich Fehler eingeschlichen haben. Hier muß ebenfalls eine Berichtigung erfolgen, aber sie muß von der Stelle ausgehen, bei der der Fehler vorgekommen ist, und das Berichtigungsverfahren richtet sich dann danach, ob er erst bei der Ausfertigung oder beim Bundesrat oder schon beim Reichstag untergelaufen ist. Danach ist stets Verkündigung des berichtigten Textes notwendig, im ersten Falle aber auch ein Beschluß des Kaisers, im zweiten Falle ferner ein solcher des Bundesrats, im dritten auch ein solcher des Reichstags.[14])

In allen Fällen korrigieren sich offenbare, d. h. aus dem Gesetze selbst deutlich hervorgehende Fehler auch von selbst.[15])

3. Die Rechtsanwendung.

§ 91.

a) Die Unabhängigkeit des Gerichts. Ausnahmen.

I. Für den modernen Rechtsstaat ist charakteristisch der Grundsatz der Teilung der Gewalten: auf der einen Seite soll die gesetzgebende Gewalt stehen, auf der anderen die Rechtspflege und die Verwaltung. Ein Ausfluß dieses Prinzips in seiner Anwendung auf die streitige Rechtspflege ist der

[12]) Vgl. Laband, StR. (4) 2 96 f.

[13]) Gegen die übliche formlose (d. h. nicht vom Reichskanzler oder seinem Stellvertreter gezeichnete) Berichtigung erklärt sich mit Recht Laband, StR. 2 53/4 und DJZ. 1903 S. 302. Der sog. Druckfehler ist häufig rechtlich nicht ein Fehler des Druckers, sondern der Stelle, die den fehlerhaften Text verkündigt.

[14]) Gegen die in der Praxis zum Teil übliche laxe Art, in der solche Berichtigungen vorgenommen werden, und gegen RG. 41 S. 34 erklärt sich mit Recht Laband a. a. O. (Note 13).

[15]) Vgl. Wach 1 266², Binding, Handb. des StrR. 1 460 f.

§ 1 des GVG. Er bezieht sich nur auf die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit und deren Ausübung.[1]) Er unterwirft die Gerichte dem Gesetz und nur diesem. Nur die Gerichte üben im Gebiete der streitigen Zivilrechtspflege die richterliche Gewalt (die Zivilgerichtsbarkeit), nicht der Monarch nicht andere staatliche Organe. Der § 1 spricht von den Gerichten (von den Behörden), nicht von den Personen, die jene bilden. Mit vollem Recht: denn nicht die Gerichtspersonen üben die richterliche Gewalt, sondern die Behörde, die mit jenen Beamten besetzt ist.[2])

Die Frage, wie der Umfang der richterlichen Gewalt im Sinne der hier allein zu behandelnden streitigen Zivilgerichtsbarkeit hinsichtlich der Rechtsangelegenheiten (sachlich und persönlich) bestimmt und begrenzt ist, wurde bereits im ersten und zweiten Kapitel des zweiten Buches (Band 1 S. 37 f.) beantwortet. Hier ist nur darauf hinzuweisen, daß der Grundsatz des § 1 GVG. sich nicht auf die Justizverwaltungsgeschäfte bezieht, die den Gerichten übertragen sind. Anderseits werden die in der richterlichen Gewalt liegenden Befugnisse nicht allein durch die Gerichte im eigentlichen Sinne ausgeübt. Zum Teil sind sie vielmehr Neben- und Unterorganen der Gerichte — dem Vorsitzenden, dem beauftragten Richter, dem Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher — übertragen.[3]) Im Sinne des § 1 GVG. bedeutet demnach die richterliche Gewalt die gesamte in der streitigen Zivilrechtspflege zur Entfaltung gelangende Staatsgewalt. Die Vorschrift bezieht sich deshalb auch auf jene Neben- und Unterorgane, soweit sie als Behörden die Gerichtsgewalt (in diesem weiten Sinne) auszuüben haben.[4])

II. Die spezifische Aufgabe der Gerichte besteht in der Anwendung des Gesetzes auf die konkrete Rechtsangelegenheit. Diese Aufgabe wird stets dadurch erledigt, daß 1. der Tatbestand und 2. die auf ihn anzuwendende Rechtsnorm festgestellt und nun der Schluß gezogen wird, welche konkrete Rechtsfolge sich aus der Subsumtion des Tatbestandes unter die einschlagenden Rechtsnormen ergibt. Diese Subsumtionstätigkeit entfaltet nicht nur das Prozeßgericht, sondern auch das Vollstreckungsgericht, und nicht nur dieses, sondern auch der um eine Vollstreckungsmaßregel angegangene

---

[1]) EG. z. GVG. § 2. Bezüglich der besonderen Gerichte und der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt Landesrecht. Auch das FGG. hat hieran nichts geändert, sondern nur einzelne Bestimmungen (nicht den § 1) des GVG. für anwendbar erklärt (vgl. FGG. §§ 2, 8, 9, 30 III, 194 III). Für Preußen bestimmt Art. 86 der Verf.-Urk. v. 31./1. 1850: „Die richterliche Gewalt wird im Namen des Königs durch unabhängige, keiner anderen Autorität als der des Gesetzes unterworfene Gerichte ausgeübt."

[2]) Der § 1 hat für die Personen nur indirekte Bedeutung, vgl. o. § 85 [15].

[3]) Vgl. hierüber o. §§ 77, 81,4. Jene anderen Organe haben als Behörde in den Reichsgesetzen keinen besonderen Namen (Präsidium der Zivilkammer könnte statt „der Vorsitzende" gesagt werden, wird aber nicht gesagt). Im Sinne des Textes sind sie aber als Behörde gemeint.

[4]) So auch Wach I 313, Struckmann-Koch, Erl. 2 a. E. zu § 1 GVG. Die persönliche Stellung des Gerichtsschreibers und Gerichtsvollziehers ist eine ganz andere, als die des Richters. Vgl. o. § 85 III.

Gerichtsvollzieher;[5]) ebenso auch der Gerichtsschreiber, wenn er ein Zeugnis über die Rechtskraft oder eine Vollstreckungsklausel erteilen soll.

Der gerichtsbarkeitliche Akt, der auf Grund der Subsumtion vorgenommen wird,[6]) besteht entweder nur in einer Feststellung des Ergebnisses dieser Untersuchung über das, was Rechtens ist, oder in einer weiteren Prozeßmaßnahme, die auf Grund jener Feststellung vorgenommen wird.

Ersteres trifft zu, wenn ein reines Feststellungsurteil erlassen wird (also stets bei der Abweisung der Klage) oder wenn ein sonstiges Gesuch Zurückweisung erfährt. Nicht bloß eine Feststellung ergeht, wenn auf Grund der Feststellung eines Anspruchs (auf Leistung) und der bei der Leistungsklage erforderlichen Rechtsschutzvoraussetzungen der Leistungsbefehl (die Verurteilung) erlassen wird, oder wenn auf Grund der Feststellung des eingeklagten Rechts auf Rechtsänderung die entsprechende Rechtsgestaltung ausgesprochen wird oder wenn die Vollziehung oder Aufhebung einer Vollstreckungsmaßregel geschieht. In dieser zweiten Klasse von Fällen schafft das Gericht neues (subjektives) Recht, es greift bewußt ändernd in die Rechtswelt ein, indem es durch die Verurteilung den bis dahin dem Gläubiger fehlenden Vollstreckungstitel schafft, indem es die Ehe scheidet oder vernichtet, indem es durch die Vollstreckung denjenigen Rechtszustand herstellt, den der Verpflichtete herzustellen verurteilt ist. In allen diesen Fällen handelt es nicht nach Belieben, sondern zur Realisierung von Rechten.[7])

Die Subsumtion des Tatbestandes unter die Rechtsnorm hat also stets zum Ergebnis: dies ist im vorliegenden Falle Rechtens, oder: dies ist Rechtens und deshalb hat jenes zu geschehen. Darin liegt gerade das Wesen der streitigen Zivilrechtspflege gegenüber der Tätigkeit der Verwaltung. Letztere gebraucht die Machtmittel, die das Gesetz gewährt, in freier Weise, um in den Schranken des Gesetzes das öffentliche Interesse in der der Behörde am geeignetsten erscheinenden Weise zu fördern. Das Gericht aber wendet im Prozesse lediglich das Recht an; es entscheidet so, wie es entscheiden muß; es trifft seine Entscheidung so, wie das Gesetz es gebietet, mit verbundenen Augen: ohne Ansehen der Person, ohne Rücksicht auf die politische Nützlichkeit, unbekümmert darum, ob diejenigen, welche den Rechtsstreit von anderen Gesichtspunkten aus betrachten, das von Rechts wegen sich ergebende Resultat billigen oder tadeln. Das ist die Stärke der Justiz, die

[5]) Die ihm obliegende Kognition ist möglichst vereinfacht, aber deshalb nicht weniger vorhanden und in manchen Fällen keineswegs sehr einfach.

[6]) Wir haben hier die Endentscheidung im Auge, nicht diejenigen Prozeßmaßnahmen, die der Richter ergreift, um jene Entscheidung fällen zu können. Auch bei diesen, z. B. bei Erlaß eines Beweisbeschlusses, bedarf es der Subsumtionstätigkeit, aber nur zum Zwecke der Vorbereitung der Endentscheidung.

[7]) Bei der Zwangsvollstreckung im engeren Sinne ist dies zweifellos, aber es ist so auch bei dem konstitutiven Urteil (vgl. o. Bd. 1 § 9 II 3, § 34 V und Wach ZZP. 32 7) und bei der Verurteilung, soweit sie das Vollstreckungsrecht in Verwirklichung des (prozessualen) Rechts auf Verurteilung erzeugt (vgl. o. Bd. 1 § 9 II, 2).

sie nicht verlieren darf, wenn nicht das Fundament des Staates wanken soll; das ist aber auch zugleich die ihr notwendig anhaftende Schwäche, die in den Kauf genommen werden muß, wenn wir den ungeheuren Gewinn haben wollen, daß das Volk das Vertrauen hegt, Recht werde Recht bleiben.

Diesen wichtigsten prozeßrechtlichen Grundsatz spricht der § 1 GVG. aus: die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetze unterworfene Gerichte ausgeübt. Ausschließlich das objektive Recht, dieses aber auch schlechthin, ist für sie maßgebend, sowohl bei der Feststellung des Tatbestandes als bei seiner rechtlichen Aburteilung und bei der Vollstreckung. Indem die Gerichte das Gesetz anwenden, sind sie Verkünder der vom Gesetz hergestellten Regelung der konkreten Lebensverhältnisse und Vollstrecker der von ihm verliehenen Rechte.

Dieser Grundsatz bedarf der näheren Begründung und Ausführung nach zwei Seiten hin (u. §§ 92, 93).

Zuvor ist aber auf eine Modifikation hinzuweisen, welche die in GVG. § 1 aufgestellte Regel durch andere Bestimmungen erleidet. In einigen Fällen ist ein Gericht an die von einem anderen Gerichte aufgestellten (abstrakten) Rechtsgrundsätze gebunden.

1. So ist es, wenn das Reichsgericht unter Aufhebung des Berufungsurteils die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverweist. Dann muß das Oberlandesgericht „die rechtliche Beurteilung, welche der Aufhebung zugrunde gelegt ist, auch seiner Entscheidung zugrunde legen" (§ 565 II). In der hier zur Behandlung stehenden Richtung [8]) bedeutet dies, daß die abstrakten Rechtsgrundsätze, wegen deren das Reichsgericht zur Aufhebung des Urteils gelangte, bei der weiteren Behandlung dieses Prozesses vom Berufungsgericht auf ihre Richtigkeit nicht nachgeprüft werden dürfen. Es muß sie ohne Rücksicht auf die eigene Überzeugung bei der weiteren Erledigung des Rechtsstreits befolgen und danach sein Verfahren und seine Entscheidung einrichten. [9]) — Die Bindung, die hier statuiert ist, hat der Art nach dieselbe Wirkung wie die Rechtskraft (ZPO.

---

[8]) Der § 565 II bedeutet auch noch weiterhin, daß das Berufungsgericht an die mit der Subsumtion verbundene Entscheidung über ein Urteilselement gebunden ist, die das Reichsgericht vorgenommen hat, so z. B. wenn es die in zweiter Instanz zurückgewiesene Klage an sich für begründet erklärt und nur zur Feststellung des geschuldeten Betrags oder wegen einer Einrede zurückverweist. Hier hat das Reichsgericht nicht nur einen Obersatz aufgestellt, sondern schon eine bindende Subsumtion unter ihn vorgenommen.

[9]) Beispiel: Das OLG. hat es abgelehnt, den Gemeinschuldner im Prozesse der Masse als Zeugen zu vernehmen, weil er Partei sei. Es muß ihn vernehmen, wenn das RG. ausspricht, daß er Dritter sei (RG. 29 Nr. 10). — Das OLG. hat eine unzulässige Klagänderung angenommen; verneint das RG. sie, so muß das OLG. über das neue Vorbringen erkennen. — Das OLG. hat verurteilt, weil es in den vom Beklagten angeführten und vom Kläger bestrittenen Tatsachen keinen Verstoß gegen die guten Sitten findet. Bejaht dies das RG., so muß das OLG. über diese Tatsachen Beweis erheben und, wenn sie erwiesen sind, die Klage zurückweisen, weil ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliege.

§ 322). Nur ist der *Gegenstand* der Bindung ein anderer. Bei der Rechtskraft der Endurteile ist bindend lediglich die Feststellung eines *konkreten* Rechtsverhältnisses, hier die Feststellung der Existenz und des Sinnes eines *Rechtssatzes* oder eines einzelnen Urteilselementes. Ein zweiter Unterschied liegt darin, daß die Bindung des § 565 sich *innerhalb* des schwebenden Prozesses äußert,[10]) die Bindung des § 322 aber nur *außerhalb* des Prozesses, in dem das Urteil gefällt wurde.[11])

Der Grund für diese besondere Vorschrift des § 565 II ergibt sich aus der Natur der Sache. Dürfte das untere Gericht auf seiner Rechtsanschauung beharren, so wäre ein fortwährendes Hin- und Herwandern des Prozesses die Folge; er würde kein Ende finden.[12])

2. Eine der Art nach gleiche Bindung tritt ein, wenn das Berufungsgericht die Sache zur weiteren Verhandlung an die erste Instanz zurückverweist (§§ 538/9).[13]) Für diese Fälle ist die Bindung des unteren Gerichts zwar nicht ausgesprochen, aber sie folgt aus der Gleichheit des Grundes.

Dasselbe gilt, wenn im Wege der *Beschwerde* eine von der unteren Instanz getroffene Entscheidung abgeändert wird[14]) oder wenn gegenüber der Entscheidung eines beauftragten oder ersuchten Richters die des Prozeßgerichts nachgesucht ist (ZPO. § 576).

3. Den dritten Fall bilden die sog. Plenarentscheidungen des Reichsgerichts.

Unter Umständen werden die „vereinigten Zivilsenate" oder das Plenum tätig, jedoch nicht etwa, um den Prozeß zu entscheiden,[15]) sondern zur Beantwortung einer (abstrakten) „Rechtsfrage",[16]) d. h. um einen Rechts-

[10]) Ebenso im Falle des § 318 (Bindung des *entscheidenden* Gerichts). Der § 318 bindet das Reichsgericht an den bei der Zurückverweisung aufgestellten Rechtsgrundsatz (RG. 58 S. 289).

[11]) Wer das Wesen der Rechtskraft in einer Einwirkung auf das materielle Rechtsverhältnis sieht, kann die nahe Verwandtschaft der Bindung des § 565 II und des § 322 nicht anerkennen, so z. B. Vierhaus ZZP. 6 226.

[12]) Struckmann, ZZP. 6 397, Struckmann-Koch, Erl. 3 Abs. 5 zu § 565 sagen, daß der § 565 II sich aus dem Grundsatz der Rechtskraft erkläre. Aber daß eine der Rechtskraft *ähnliche* Bindung bestimmt ist, ist gerade das zu Erklärende. Mit Recht lehnen die angef. Schriftsteller die Ansicht von Vierhaus ZZP. 6 228 f. (ähnlich Seuffert ZZP. 7 54/5) ab, der annimmt, die anderweite Verhandlung vor dem OLG. sei ein Teil der Revisionsinstanz.

[13]) Dies ist allgemein anerkannt, kann aber nicht mit Seuffert ZZP. 7 54 f. und Erl. 1 d zu § 538 aus § 318 abgeleitet werden, der von der Bindung des *entscheidenden* Gerichts spricht.

[14]) So z. B., wenn die obere Instanz entscheidet, daß die von der ersten für fortdauernd erachtete Unterbrechung eines Verfahrens für beendigt zu erklären ist (§ 252), oder wenn die für rechtmäßig erklärte Verweigerung des Zeugnisses für unberechtigt erklärt wird (§ 387).

[15]) So war es nach GVG. § 137 I in seiner ursprünglichen Fassung, wonach „die Entscheidung der *Sache*" vor die VS. verwiesen wurde. Die Änderung beruht auf dem RG. v. 17./3. 1886.

[16]) Die Frage muß das Vorhandensein oder den Inhalt einer Rechtsnorm betreffen, z. B. ob der Gerichtsvollzieher zivilrechtlich als Beauftragter haftet (RG. 16 S. 398), ob das Forderungsrecht ein „sonstiges Recht" im Sinne des § 823 BGB. ist.

grundsatz (Obersatz) festzustellen, aus dessen Anwendung auf den konkreten Tatbestand sich die von dem betr. Senat zu fällende Entscheidung des Prozesses ergeben wird.[17])

a) Voraussetzung ist, daß ein Senat eine Rechtsfrage anders entscheiden will, als früher ein anderer[18]) Zivilsenat (oder die vereinigten Zivilsenate) oder ein Strafsenat oder das Plenum entschieden hat. Dann muß er im ersten Falle die Entscheidung der vereinigten Zivilsenate, in den anderen Fällen die des Plenums einholen.[19]) Die frühere Entscheidung muß auf der abweichenden Rechtsmeinung beruhen; diese darf nicht nur gelegentlich in den Gründen geäußert sein.[20]) Die frühere Frage muß mit der jetzt zu entscheidenden identisch, also nach demselben Gesetz zu entscheiden sein.[21]) Ein „anderer" Senat ist jeder, der nicht der jetzt zur Entscheidung berufene ist. Aber nach dem Zweck der ganzen Einrichtung genügt das Vorliegen einer anderen Entscheidung nicht schlechthin. Der Zweck ist nicht, die Judikatur zu versteinern, sondern nur, zu verhüten, daß nebeneinander der eine Senat so, der andere so judiziert: die Rechtsfrage muß zwischen den verschiedenen Abteilungen des Reichsgerichts „streitig" sein (GVG. § 137 I). Deshalb sind die vor der Plenarentscheidung gefällten Entscheidungen der einzelnen Senate für unsere Frage unbeachtlich; deshalb kommt es, wenn die Judikatur des anderen Senats gewechselt hat, auf die von ihm zuletzt befolgte Rechtsmeinung an;[22]) deshalb sind die Entscheidungen der in der Übergangszeit von 1879 eingerichteten Hilfssenate und der in jedem Jahre neu zu bildenden Feriensenate für den § 137 ohne Bedeutung; deshalb kann ein Senat, dem eine Materie (z. B. Patentsachen) ausschließlich zugeteilt ist, von den Entscheidungen abweichen, die vor jener Zuteilung ein anderer Senat gefällt hat.[23]) In allen diesen Fällen hat

---

[17]) GVG. § 137. Über die Geschichte des Rechtsinstituts der Plenarentscheidungen s. Schultzenstein ZZP. 18 92 f.

[18]) Von der eigenen Meinung kann der Senat beliebig abweichen.

[19]) GVG. § 137 I, II. Die „Einholung" geschieht durch Beschluß. Unterbleibt sie, weil die andere Entscheidung noch nicht bekannt war, oder aus sonstigen Gründen (horror pleni!), so gibt es wegen solcher Gesetzesverletzung keine Anfechtung. — Das Gesetz berücksichtigt nicht den Fall, daß erst die vereinigten Zivilsenate einer Ansicht folgen wollen, die mit der eines Strafsenates oder des Plenums in Widerspruch stehen. Hier werden sie die Frage an das Plenum zu bringen haben. Möglich ist auch, daß in einem Prozesse bezüglich der einen Frage die VS., bezüglich der anderen das Plenum anzugehen sind.

[20]) Vgl. z. B. RG. 58 S. 376. — Gleichgültig ist, ob die Entscheidung ein Urteil oder ein Beschluß ist.

[21]) Das alte und das neue HGB. sind verschieden, mag auch der betr. Paragraph mit dem früheren Artikel übereinstimmen. Zweifel ergeben sich, wenn einzelne Bestimmungen eines Gesetzes geändert sind, wie z. B. durch die Novellen von 1898 zur ZPO. und KO. Vgl. Hellwig DJZ. 1901 Nr. 15. — Gegenüber RG. 52 S. 341, 57 S. 31 (V. Sen.) beruht die Entsch. des VII. Sen. (58 Nr. 11) m. E. auf einem zu formalistischen Grunde.

[22]) Die vom anderen Senate selbst aufgegebene Meinung kommt nicht in Betracht.

[23]) Im Resultat ebenso RG. 19 S. 285, 21 S. 305, JWSchr. 1890 S. 410, Struckmann-Koch, Erl. 1 zu § 137, Schultzenstein (Note 17) S. 111 f.

zwar ein anderer „Senat“ anders entschieden, aber er ist nicht mehr in der Lage, seine abweichende Judikatur fortzusetzen.

b) Die eingeholte Entscheidung erfolgt ohne mündliche Verhandlung (§ 137 III, 2). Mindestens 2/3 der Mitglieder aller Zivilsenate bzw. des Plenums müssen teilnehmen (§ 139). In den in § 137 IV bezeichneten Fällen ist der Oberreichsanwalt mit seinen schriftlichen Anträgen zu hören.[24])

c) Nachdem die ergangene Entscheidung der Rechtsfrage den Parteien mitgeteilt ist, erfolgt die Entscheidung des Prozesses durch den einholenden Senat (137 V). Dabei ist er an die Rechtsansicht gebunden, die in der eingeholten Entscheidung enthalten ist. Sie bindet ihn nur in diesem Prozeß. Bei späteren Gelegenheiten ist der einholende Senat ebensowenig wie jeder andere an die eingeholte Entscheidung gebunden. Nur die Folge hat sie, daß der einzelne Senat nicht ohne weiteres abweichen kann, sondern ebenso, als wenn ein anderer Senat geurteilt hätte, die Frage vor die vereinigten Senate verweisen muß. Diese selbst sind an ihre frühere Entscheidung nicht gebunden. Dasselbe gilt vom Plenum. Die Plenarentscheidungen (im weiteren Sinne) schaffen also keineswegs neue Rechtssätze (eine Art Amtsrecht); höchstens können sie die Grundlage für die Bildung von Gewohnheitsrecht werden.

4. Das Gericht, welches eine Entscheidung gefällt hat, ist von der Verkündigung ab an diese gebunden (§ 318). Dies bezieht sich einmal auf Endurteile und bedeutet hier nur, daß es die verkündete Entscheidung nicht mehr abändern kann,[25]) interessiert also in unserem Zusammenhang nicht. Es bezieht sich aber auch auf Zwischenurteile und bedeutet hier, daß das Gericht bei seinem weiteren Verfahren diese Entscheidung zugrunde legen muß, obgleich es vielleicht inzwischen erkannt hat, daß die entschiedene Vorfrage anders zu entscheiden gewesen wäre.

§ 92.

b) Inhalt und Adresse der Rechtsnormen.

I. Inhalt und Adresse der Normen des Privatrechts.

1. Die Privatrechtsvorschriften wollen ausschließlich die Lebensverhältnisse der Privaten ordnen, indem sie ihnen die rechtliche Ausprägung geben. Dies tut das Gesetz dadurch, daß es abstrakt[1]) die Rechtsfolgen be-

[24]) Nicht die Parteien! Vgl. § 137 IV.

[25]) Ausnahmen: ZPO. § 343 2 (Versäumnisurteile), §§ 470/1 (bedingte Endurteile), §§ 302, 540/1, 599/600 (Vorbehaltsurteile).

[1]) Von der lex specialis wird im Texte abgesehen. Sie setzt die Rechtsfolge allgemeinverbindlich für einen konkreten Tatbestand fest. Häufigere Beispiele aus neuerer Zeit sind die Eisenbahnverstaatlichungen und die Gesetze, welche die Eingemeindung einer bisher selbständigen Gemeinde in eine andere vollziehen und auch privatrechtlich (z. B. hinsichtlich des Übergangs des Vermögens und der Schuldenhaftung)

stimmt, die sich an gewisse Tatbestände anknüpfen sollen. Diese Rechtsfolgen [2]) (die Entstehung oder Veränderung von Rechtsverhältnissen) treten im heutigen Rechte von selbst ein. In diesem Sinne kann man sagen, daß das Gesetz sich von selbst anwendet: der Eintritt der Gestaltung der Lebensverhältnisse, die die Privatrechtsordnung will, bedarf nicht der richterlichen Beihilfe. Daß dies heute — im Gegensatz zum römischen Recht — so ist, lehrt ein Blick in das BGB. und andere neuere Gesetze, die sich von der noch im gemeinen Recht üblich gewesenen Vorstellungs- oder doch Ausdrucksweise freigemacht haben.[3])

2. Die Vorschriften der Privatrechtsordnung wenden sich an die ihr unterworfenen Privaten und erhalten unmittelbare praktische Bedeutung für diejenigen, in deren Rechtssphäre die tatsächlichen Voraussetzungen der vom Gesetz bestimmten Rechtsfolge eingetreten sind. Den Privaten werden Rechte verliehen, an sie richtet sich Gebot und Verbot, und deshalb ist es ihre Sache, sich über die Rechtsfolge durch Anwendung der Rechtsvorschriften [4])

---

von Bedeutung sind. — Bei der Korrektur kann noch auf Thon, Der Normenadressat (Iherings Jahrb. 52 1 f.) hingewiesen werden.

[2]) Bezüglich ihres Inhalts mag hier nur darauf hingewiesen werden, daß man, wenn man die Rechtssätze nur in Gebote und Verbote einteilt, den positiven Gehalt der dinglichen Rechte (o. Bd. 1 § 31 [4]) und der — für die systematische Auffassung besonders wichtigen — Kategorie der Gestaltungsrechte (o. Bd. 1 § 34) übersieht. Hier ist es m. E. zweifellos, daß der Rechtssatz, der ein Recht solcher Art verleiht, weder als ein reines Gebots-, noch als ein reines Verbotsgesetz bezeichnet werden kann. Bei den Rechtssätzen, die das Recht, eine Leistung zu verlangen, verleihen, ist das Gebot, die Leistung zu bewirken, nur die Kehrseite der dem Gläubiger zustehenden Berechtigung. — Andere Vorschriften sind nur verneinend, rechtsmindernd oder rechtsaufhebend; wieder andere haben keine selbständige Bedeutung, sondern dienen nur zur Ergänzung der Hauptvorschriften.

[3]) Vgl. o. Bd. 1 § 1 IV. Um die im Texte angedeutete große Veränderung zu veranschaulichen, sei an das Aufrechnungsrecht, an die Anfechtungsrechte und die anderen Rechte des rechtlichen Könnens erinnert, die durch bloße Erklärung auszuüben sind. Kraft Gesetzes tritt zunächst die Aufrechenbarkeit, die Anfechtbarkeit, Kündbarkeit ein. Die Aufhebung von Forderung und Gegenforderung usw. ist eine zweite Rechtsfolge, die ihren besonderen Tatbestand hat. Das im Text Gesagte gilt auch von der Einredebarkeit, und zwar selbst dann, wenn man mit der gemeinen Meinung der Ansicht ist, daß das Einrederecht nur im Prozesse ausgeübt werden könne (s. o. Bd. 1 § 35). Denn das Gesagte gilt sogar dann, wenn die Rechtsfolge in der Entstehung eines solchen Rechtes des rechtlichen Könnens besteht, das nur im Wege der Klage ausgeübt werden kann. Was das Privatrecht will, ist z. B. nur, daß der mißhandelte Ehegatte das Recht auf Scheidung gewinnt, nicht aber, daß er geschieden wird. Über dieses Scheidungsrecht (über die Entstehung und Ausübung und über den Untergang) gibt das Privatrecht Vorschriften. Das Klagrecht wegen des Scheidungsrechts ist geradeso prozeßrechtlich und eigenen Normen (z. B. ZPO. § 606 IV) unterworfen, wie das Klagrecht auf Verurteilung wegen eines privatrechtlichen Anspruchs (auf Leistung). Vgl. o. Bd. 1 §§ 34, 61/2 und m. Klagrecht u. Klagmöglichkeit § 5, bes. S. 32 f.

[4]) Der Ausdruck „eine Vorschrift findet keine Anwendung" oder „entsprechende Anwendung" findet sich (vgl. Gradenwitz, Wortverzeichnis s. h. v.) unzählige Male im BGB. Der Sinn ist keineswegs, daß hiermit ein an die Adresse des Gerichts gerichteter Befehl gegeben wird. Vielmehr heißt das nichts anderes, als daß ein Verhältnis sich nach gewissen, nicht noch einmal wiederholten Vorschriften regelt oder von dieser Regelung ausgenommen wird. Man vgl. z. B. BGB. § 9 I: „Eine Militärperson hat ihren Wohnsitz . . ." mit § 9 II: „Diese Vorschrift findet keine

klar zu werden und danach ihr Verhalten einzurichten.[5]) Mag die Rechtslage subjektiv noch so ungewiß, mag ihre Erkennung noch so schwierig sein: der Berechtigte hat rechtmäßig gehandelt, wenn er sein Recht ausübte, der Verpflichtete rechtswidrig, wenn er seiner Verpflichtung nicht nachkam. Die Ungewißheit der Beteiligten über diese Rechtslage, mag sie auf Unkenntnis des Tatbestandes oder auf der Zweifelhaftigkeit seiner Rechtsfolge beruhen, bewirkt im allergünstigsten Falle, daß ein entschuldbarer Irrtum entsteht und den Irrenden vor solchen Folgen bewahrt, die von seinem Verschulden abhängig sind.

3. Die Vorschriften der Privatrechtsordnung sind aus den sogleich darzulegenden Gründen für den Richter maßgebend. Aber er ist nicht ihre eigentliche Adresse. Die Privatrechtsordnung ist eine Ordnung der bürgerlichen Lebensverhältnisse und nicht mehr, wie das album praetoris, eine Jurisdiktionsordnung, in der materielle und prozessuale Grundsätze in innigster Verbindung enthalten waren,[6]) in einer Verbindung, die sich auch noch im justinianischen Recht erhalten hat und deren bewußt angestrebte Lösung[7]) eines der charakteristischsten Merkmale des BGB. und des HGB. und eine große wissenschaftliche Errungenschaft der Neuzeit ist.[8])

Anwendung, wenn ...", was nichts anderes bedeutet, als daß sie ihren Wohnsitz nicht hat, wenn usw.

[5]) Dies betont im Gegensatz zu Danz, Auslegung (1897) sehr zutreffend Kipp bei Windscheid 1 § 84*.

[6]) Die Verheißung: iudicium, interdictum, exceptionem dabo, in integrum restituam usw. band (seit der lex Cornelia) den Prätor, und durch ihre Erfüllung (durch Erteilung der Formel) wurde der iudex an die in der Formel enthaltene Instruktion gebunden. Erst das Urteil realisierte vollkommen die Verheißung, welche in der prätorischen Rechtsordnung materiellrechtlich und prozessual enthalten war. Trotz des Wegfalls der formelmäßigen Eröffnung des Prozesses ist die alte Ausdrucksweise geblieben. Aber nun ist der Richter in den Vordergrund gerückt. Wo früher der Prätor schlechthin oder causa cognita half, da half nun der Richter, so namentlich, indem er durch sein Urteil auf Grund eines Exzeptionstatbestandes das nach dem Regelrechte vorhandene klägerische Recht unwirksam machte. (Daß jede in den Quellen erwähnte exceptio diese Bedeutung gehabt habe, soll hiermit keineswegs gesagt sein.)

[7]) Über die durch Klage auszuübenden Rechte des rechtlichen Könnens vgl. o. Note 3.

[8]) In einer sehr bedenklichen Gestalt spukt auch heute noch die römische Denkweise in der exceptio doli generalis nach. Der Gebrauch dieses irreführenden Ausdrucks verdeckt vielfach nur den Mangel der wirklichen Begründung einer richtigen Entscheidung (vgl. z. B. bezüglich der exc. doli im Wechselrecht die Darlegung in m. Rechtskr. 295 f., 302 f.) und erweckt den Anschein, als gäbe es noch heute formell existierende Ansprüche, deren Geltendmachung aber dem geläuterten Rechtsgefühl widerspreche und die deshalb durch die exc. doli aufgehoben würden. Die richtige Auffassung ist da, wo der schlechte Ausdruck zur Begründung einer zutreffenden Entscheidung gebraucht wird, die, daß nach dem richtig verstandenen Rechte die zurückzuweisende Rechtsbehauptung (des Klägers oder des Beklagten) ohne weiteres eine unbegründete ist und als solche durch das Urteil lediglich anerkannt wird. Über die hierbei unter Umständen vorzunehmende Ergänzung des geschriebenen Rechts vgl. u. S. 166. — Einer der glücklichsten Bekämpfer der abgelehnten Auffassung ist K. Schneider, Treu und Glauben i. R. d. SchV. (1902) und im Arch. f. BR. 25 269 f. Eine Übersicht über die Judikatur bezüglich der exc. doli generalis gibt Silbermann, Z. f. Rechtspfl. in Bayern 1 35 (1905).

Wenn trotzdem heute noch die juristische Erörterung ebenso wie manches ältere Gesetz die Privatrechtssätze gern mit Rücksicht auf ihre Anwendung durch den Richter formuliert, so liegt der Grund einmal in der historischen Entwicklung und dem Einfluß, den die römische Denkweise auf uns immer noch ausübt und fernerhin ausüben wird, sodann aber darin, daß in Streitfällen die Angehung des Gerichts die ultima ratio ist und seine Ansicht und das richterliche Ermessen praktisch für die streitenden Parteien maßgebend sind.

II. Prozeßrechtssätze.

Einen wesentlich anderen Inhalt haben die prozeßrechtlichen Vorschriften.[9]) Auch sie regeln zwar abstrakt Tatbestände und bestimmen also die rechtliche Folge, die eintreten soll, wenn der Tatbestand sich verwirklicht hat; aber diese Folge ist, soweit die Vorschrift wirklich prozeßrechtlichen Inhalt hat, eine öffentlichrechtliche.[10]) Im Prozeßrecht normiert der Staat die Voraussetzungen und den Inhalt der Tätigkeit, die seine Organe zum Zwecke der streitigen Zivilrechtspflege entfalten sollen. Hier bestimmt er einerseits die Rechte und die Pflichten der Privaten, soweit sie in die Lage kommen können, einen Prozeß führen zu müssen, und anderseits die der Gerichte, soweit sie ihn zu entscheiden haben.[11]) Das Prozeßrecht ist zwar keineswegs eine bloße Geschäftsanweisung für die Gerichte,[12]) aber es ist doch in erster Linie Norm für die Gerichte.

Deshalb steht auch unser § 1 GVG. mit Recht an der Spitze des Gesetzes: das Gericht ist dem Gesetz (und nur ihm) unterworfen, es hat dieses anzuwenden. Das ist das prozessuale Grundgesetz, welches das Gericht auch dazu anweist, die Privatrechtsordnung anzuwenden, soweit es über privatrechtliche Verhältnisse zu erkennen hat.[13])

---

[9]) Auch das BGB. enthält solche in den zahlreichen Vorschriften, die die Beweislast regeln, insbesondere in den Vermutungen. Auch die umgekehrte Erscheinung findet sich. Vgl. o. Bd. 1 § 1, IV.

[10]) Also auch die Rechtsschutzvoraussetzungen. Goldschmidt, Das materielle Justizrecht (Festschr. f. Hübler, 1905) will diesen Teil des Prozeßrechts aus letzterem ausscheiden und ihm als „materielles Justizrecht" entgegensetzen. Vgl. o. § 65[3].

[11]) Vgl. die genauere Analyse o. § 91 S. 154/5 und § 69.

[12]) Gegen eine solche Auffassung treffend Wach I 186/8. Richtig ist es auch, wenn er sagt, das Dienstpflichtverhältnis des Richters zum Staat (beim Gericht kann von einem solchen nicht die Rede sein!) sei zu keinem Teil Inhalt des Prozeßrechts (S. 187). Aber es darf hinzugefügt werden, daß trotzdem der Inhalt des Dienstverhältnisses (dessen, was der Richter tun muß, um seiner Dienstpflicht zu genügen) sich auch aus der Prozeßordnung bestimmt. Ebenso ergibt sich aus ihr indirekt auch der Inhalt der Amtspflicht, die dem Richter gegenüber den Privaten obliegt (BGB. § 839).

[13]) Dieser Grundsatz wird von der Privatrechtsordnung natürlich vorausgesetzt, und er brauchte angesichts vieler einzelner Vorschriften (z. B. ZPO. §§ 256/9) nicht besonders ausgesprochen zu sein, um Recht zu sein. (Ich fürchte deshalb auch nicht den Einwand, der Nachdruck liege in § 1 GVG. allein auf dem „nur".) Der Grundsatz ist kein privatrechtlicher, sondern ein öffentlichrechtlicher Deshalb ist auch das sog. internationale Privatrecht, soweit es die Anwendung ausländischen Rechts gebietet, trotz seines Namens öffentliches Recht. So kann es denn auch sehr wohl

III. Die richterliche Anwendung des Gesetzes ist zunächst bei den einzelnen richterlichen Personen dieselbe Gedankenoperation, wie sie auch der Private oder sein juristischer Berater vornimmt, also Erkenntnis dessen, was Rechtens ist, Aufdeckung der Regelung, wie sie das Gesetz dem zu beurteilenden Verhältnis gegeben hat. Beschließt dann aber das Gericht (die Behörde) sein „Erkenntnis“ und verkündet es das, was es als zu Recht bestehend anerkannt hat, als Urteil, so ist dies eine Feststellung mit allen den Wirkungen, die diesem Staatsakte nach den Grundsätzen über die Rechtskraft zukommen.[13a]) Und darin liegt der gewaltige Unterschied der Rechtsanwendung, die durch das Gericht (nicht: die Richter) geschieht, gegenüber jeder Rechtsanwendung, die sonst, von wem es auch sei, vorgenommen wird.

Das Gericht schafft also im Zivilprozeß ebenso wie im Strafverfahren durch sein Urteil weder neue Rechtssätze,[14]) noch ändert es die Rechtsverhältnisse.[15]) Inhalt und Wirkung der gerichtlichen Feststellung sind durchaus anders als bei einem Gesetzgebungsakt, und deshalb ist es entschieden abzulehnen, wenn man das Urteil als lex specialis bezeichnet.[16]) Die wirkliche lex specialis teilt mit der lex generalis die Eigenschaft, daß sie eine allgemeinverbindliche Norm enthält, deren Wirkung inter omnes gilt und erst von der Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes an datiert. Das Urteil deklariert, was gemäß den bestehenden Rechtsgrundsätzen[17]) Rechtens ist, es wirkt prinzipiell (ZPO. § 325) nur inter partes, und seine Wirkung datiert nicht von der Zeit des Erlasses, nicht von dem Zeitpunkt, in dem das Urteil rechtskräftig geworden ist, sondern von der Zeit der letzten Tatsachenverhandlung.

§ 93.

c) Rechtsauslegung und Rechtsfindung.

I. Die Tätigkeit der Subsumtion, die den Hauptinhalt der richterlichen Rechtsanwendung bildet, ist in ihrem Wesen leicht erkennbar, wenn es sich um einen Tatbestand handelt, für den das Gesetz (in dem weiten oben dar-

---

vorkommen, daß der deutsche Richter aus öffentlichrechtlichen Gründen die Anwendung des ausländischen „Gesetzes“ zu versagen hat (vgl. Art. 30 u. besonders Art. 31 des EG. zum BGB.). — Soweit das EG. Art. 7 f. bestimmt, daß Rechtsverhältnisse sich nach deutschem Recht bestimmen, ist die Vorschrift nicht etwa nur ein Befehl an das Gericht, sondern Regelung der privatrechtlichen Rechtsfolge, also Privatrechtssatz. — Mit der öffentlichrechtlichen Natur unseres Grundsatzes hängt es auch zusammen, daß das Gericht an das gesetzliche Verbot, Gewohnheiten als rechtserzeugend anzuerkennen, gebunden ist. Vgl. o. § 88 II, 2.

13a) Vgl. o. § 69 II, 1. 14) Hierauf ist unten § 93 nochmals zurückzukommen.

15) Dies tut es nur dann, wenn es einen Gestaltungsakt auf Grund der Feststellung vornimmt. Sonst aber ist das Urteil nicht Regelung des Rechtsverhältnisses, sondern Anerkennung, daß dieses so, wie das Urteil es ausspricht, geregelt ist.

16) So namentlich Bülow, vgl. u. § 93 III, 1.

17) Dies sind nicht nur die ausgesprochenen Rechtssätze, sondern auch die im Wege der Rechtsfindung zu ermittelnden (vgl. hierüber näher unten § 93). Die Rechtsfindung ist aber keineswegs ein Monopol des Gerichts, o. S. 161 und u. S. 172.

gelegten Sinne, also auch einschließlich des Gewohnheitsrechts) einen fertigen, in sich abgeschlossenen Rechtssatz enthält, der hinsichtlich seiner Voraussetzung (Tatbestand) und seines Inhalts (Rechtsfolge) fest bestimmt ist. Solche Fälle kommen vor, namentlich auf dem Gebiete des Grundbuchrechts und des persönlichen Familienrechts. Bei ihnen ist die Richtertätigkeit eine sehr einfache, und man kann hier in der Tat sagen, daß das Gesetz „sich schematisch, nach einer Schablone, anwenden lasse".[1])

Aber solche Fälle sind verhältnismäßig selten. In der großen Mehrzahl der Prozesse muß das Gericht, ehe es zur Subsumtion schreiten und die zu fällende Entscheidung finden kann, in mehr oder weniger weitläufiger und schwieriger Arbeit erst die Elemente jener Schlußfolgerung feststellen, also einerseits den streitigen Tatbestand, anderseits die ihn regelnden Rechtsnormen.

Der Richter muß stets eine bestimmte Entscheidung fällen; der Prozeß darf nicht mit einem non liquet enden.

Bleiben in tatsächlicher Beziehung Zweifel, so ermöglichen die Grundsätze über die Anführungs- und Beweislast trotzdem eine bestimmte Entscheidung: es ist gegen die Partei zu entscheiden, welche diejenigen Tatsachen nicht anführt oder, falls sie bestritten sind, nicht beweist, die nötig sind, um die von ihr beanspruchte Rechtsfolge herbeizuführen.[2]) Hierauf ist hier nicht näher einzugehen.

In rechtlicher Beziehung darf das Gericht die Entscheidung nicht deshalb verweigern, weil das Gesetz schweige oder dunkel oder unzulänglich sei. Ausdrücklich bestimmt dies Art. 4 des Code civil, und der dieser Vorschrift zugrunde liegende Gedanke kam in dem § 1 des ersten Entwurfs des BGB. in der Form zum Ausdruck, daß gesagt wurde, nach welchen Gesichtspunkten ein Verhältnis sich regele, für welches das Gesetz keine Vorschrift enthalte. Diese positive (sich nicht nur an den Richter wendende) Vorschrift über die Behandlung der Lücken des Gesetzes ist nicht Gesetz geworden. Trotzdem gilt der an die Spitze gestellte Satz auch jetzt. Er ist eine der allgemeinen Rechtswahrheiten, die gelten, auch ohne daß sie in einer Gesetzesvorschrift zum Ausdruck gebracht sind.

II. Von Lücken des Gesetzes kann man in verschiedenem Sinne reden:

1. Außerordentlich häufig (besonders im Gebiete des Verkehrsrechts) gibt das Gesetz zwar eine Vorschrift, faßt diese aber derartig, daß nur ein

[1]) Mit den Worten des Textes charakterisiert Bülow ZZP. 32 268 eine „in der modernen Rechtstheorie tiefst eingewurzelte Grundvorstellung" und behauptet, nur auf dem Boden dieser falschen Vorstellung habe die Theorie vom Rechtsschutzanspruch erwachsen können. Vgl. u. bei Note 22.

[2]) Obgleich in tatsächlicher Beziehung ein Zweifel bleibt (z. B. ob das Geld zurückgezahlt ist), muß über den Streit sachlich entschieden werden: die Tatsache, deren Wahrheit nicht bewiesen wird, gilt nicht als unbewiesen, sondern als unwahr (der Beklagte wird also in obigem Beispiel verurteilt).

ganz allgemeines Prinzip aufgestellt, die nähere Ausgestaltung aber, durch die es erst Leben und praktische Bedeutung gewinnt, unterlassen wird.[3]) Hier wird nur die Richtung bezeichnet, in der sich die Rechtsfindung zu bewegen hat; verwandt und nur verschieden in dem Grade der Unbestimmtheit der Regelung sind die Fälle, in denen scheinbar bestimmte Normen gegeben sind, aber die Art des vom Gesetz verwendeten Begriffs tatsächlich den Inhalt und die Tragweite der Norm unbestimmt läßt.[4])

2. Noch charakteristischer sind die Situationen, in denen man gewöhnlich allein von Lücken des Gesetzes spricht, nämlich die Fälle, in denen die Rechtsordnung[5]) für gewisse Verhältnisse überhaupt nichts bestimmt, obwohl eine Norm vorhanden sein muß, nach der die Beteiligten sich zu richten haben und nach der das Gericht den Prozeß zu entscheiden hat, wenn ein solcher über das Verhältnis geführt wird.[6]) Das Vorhandensein einer solchen Lücke und die Notwendigkeit, zwecks ihrer Ausfüllung den zutreffenden Rechtssatz zu ermitteln, ist zweifellos, wenn verschiedene Möglichkeiten der Regelung des Verhältnisses bestehen und das Gesetz keinerlei Anhalt dafür gewährt, welche von ihnen zu wählen sei.[7]) Häufig ist aber das Vorhandensein einer Lücke zweifelhaft und Gegenstand des Streites. So dann, wenn es sich um die

[3]) Einige Beispiele: BGB. §§ 119 (verständige Würdigung), 138 (gute Sitten), 151, 157, 162, 242, 320, 815 (Verkehrssitte, Treu und Glauben), 328 (Umstände, insbesondere Zweck des Vertrags), 626 (wichtiger Grund), 745 (billiges Ermessen). — Zutreffend bemerkt Bekker, Scherz und Ernst 87 für das römische Recht, daß die Zusätze causa cognita, ex fide bona die Unfertigkeit des fraglichen Rechtssatzes anerkennen und den Gegensatz zum ius strictum (fertiges Recht) kennzeichnen.

[4]) Was ist ein Mangel einer Sache? Was ist Besitz, Frucht, Ertrag, Mißhandlung, Fabrik, Gewerbe, Eisenbahn, Tierhalter, Schaden durch ein Tier usw.? Vgl. die instruktive Zusammenstellung aus der älteren Judikatur des RG. bei Stein, Das private Wissen 121 f. — Das alles sind Rechtsfragen (also revisibel), obwohl die Antwort nur unter Würdigung der Verkehrsverhältnisse und allgemeiner Erfahrungstatsachen gefunden werden kann.

[5]) Keine Lücke im Sinne des Textes liegt vor, wenn das Reichsrecht deshalb über gewisse Fragen keine Bestimmung enthält, weil es ihre Regelung dem Landesrecht belassen oder überwiesen hat. Unter der Rechtsordnung des Textes wird also die Gesamtheit derjenigen Rechtsvorschriften verstanden, nach denen bei dem Ineinandergreifen von gemeinem oder partikularem Recht eine bestimmte Situation rechtlich zu beurteilen ist. In dem bezeichneten Falle ist eine Lücke erst dann vorhanden, wenn das Landesrecht keine Vorschrift enthält.

[6]) Es handelt sich nur um Lücken in der lex lata, nicht de lege ferenda, also nicht um die Fälle, in denen gewisse Verhältnisse ihre bestimmte Regelung nach allgemeinen Vorschriften finden (z. B. der Checkverkehr, das private Versicherungswesen, Kartelle), es aber als wünschenswert empfunden wird, eine spezielle Regelung an die Stelle zu setzen.

[7]) Zitelmann, Lücken im Recht (1903) 27 f. spricht hier von echten Lücken und führt als zweifellose Beispiele die vom EG. zum BGB. offen gelassenen Fragen des internationalen Privatrechts an. Ein weiteres sehr bezeichnendes Beispiel aus dem Prozeßrecht ist ZPO. § 289 II, der nichts anderes ist als eine Umschreibung dafür, daß das Gesetz keine Bestimmung enthält. — Die Lücke wird von dem Gesetz entweder absichtlich oder unabsichtlich gelassen. Im ersten Fall wird bei den Beratungen manchmal angegeben, die fragliche Situation sei praktisch nicht von großer Wichtigkeit. Auch das Gefühl, daß man sich noch nicht für fähig hält, eine angemessene Lösung des Problems zu finden, ist häufig der Grund dafür, daß man die Frage „der Wissenschaft und Praxis überläßt".

praktisch außerordentlich wichtigen Fälle handelt, die zwar nach dem Wortlaut einer Vorschrift unter diese fallen, aber in ihr eine Regelung finden, die man nicht als richtig anerkennt und von der man annimmt, daß der Gesetzgeber sie nicht ausgesprochen haben würde, wenn er den besonderen Fall bedacht hätte. Hier ist eine Lücke für denjenigen Juristen, der bei dem Wortlaut des Gesetzes stehen bleibt, überhaupt nicht vorhanden; sie besteht nur für den, der sich bei ihm nicht beruhigt.[8]) Für ihn handelt es sich darum, einen Rechtssatz einzuschränken, der in seiner Allgemeinheit zu Resultaten führt, die dem Verkehrsbedürfnis widersprechen und nicht als im „Geiste des Gesetzes" liegend anerkannt werden können.[9]) Diese Einschränkung erscheint sehr häufig in der Gestalt, daß man eine einzelne Ausnahmebestimmung, die das Gesetz bereits enthält, verallgemeinert, also auf solche Tatbestände ausdehnt, die nach dem Wortlaut des Gesetzes unter die Regel fallen, aber als den im Gesetz schon enthaltenen Ausnahmefällen wesensgleich erscheinen und deshalb vernünftigerweise auch rechtlich gleich behandelt werden müssen.[10])

III. Wenn nun einerseits das Gericht jeden Rechtsstreit entscheiden

---

[8]) Zitelmann, Lücken, bes. S. 24, 34 spricht hier von unechten Lücken. Ihm gebührt das Verdienst, ihren Unterschied von den „echten" Lücken klargestellt zu haben.

[9]) Ein charakteristisches Beispiel ist der § 833 BGB. und die bereits o. § 89[27] geschilderte Wandlung, die mit seiner Anwendung in der reichsgerichtlichen Judikatur vor sich geht. Früher empfand das RG. in § 833 keine Lücke, als es dem Pferdeknecht und dem aus Gefälligkeit mitgenommenen Fahrgast einen Anspruch aus § 833 gab. Neuerdings findet es, daß derartige Konsequenzen zu weit gehen, und es sucht ihnen mit verschiedenen Konstruktionsbehelfen zu entgehen, ohne allerdings den richtigen Weg zu finden. Dieser ergibt sich aus der Lehre von der Gesetzeskonkurrenz (o. Bd. 1 § 37 bei Note 61) von selbst und ohne daß man eine Lücke anzunehmen braucht. Wer mit dem Tierhalter in einem Vertragsverhältnis steht, ist nur aus diesem (nicht aus unerlaubter Handlung) verpflichtet und berechtigt, soweit es sich um vertragliche Verhältnisse handelt; der Tierhalter haftet also dem Trainer und Hufschmied nur ex culpa, dann allerdings auch dem Pferdeknecht und dem Fahrgast (er steht mit dem gefälligen Fuhrwerksbesitzer in einem Auftragsverhältnis; bei Entgelt wäre es Transportvertrag), wie jetzt v. Blume, Recht 1905 S. 481 f. mit Recht bemerkt hat. — Für Stampe, DJZ. 05 S. 1021 handelt es sich bei solcher Tätigkeit des Richters um „richterliche Gesetzesänderung", nach der er hinsichtlich des § 833 ruft. Er findet solche auch darin, daß das RG. in JWSchr. 05 S. 525 Nr. 16 richtig erkannt hat, daß der § 459 BGB. eine lex specialis ist, welche die lex generalis des § 119 ausschließt! Stampe betrachtet es als zweifellos, daß dem Käufer nach dem Gesetze die beiden Rechtsmittel zustehen. Aber es ist doch schon von mehreren Seiten das Gegenteil behauptet worden und von den o. Bd. 1 § 37 IV 4 entwickelten Gesichtspunkten aus auch vollkommen zu rechtfertigen: nicht als Gesetzesänderung, sondern als Gesetzesinhalt.

[10]) Vgl. z. B. RG. 53 S. 203,4 (BGB. § 477, angewendet auf Ansprüche ex culpa des Verkäufers). Als weitere Beispiele werden angeführt: Die Ausdehnung der nur in BGB. §§ 388, 1598, 1947, 2202 ausgesprochenen Ausnahme von der Regel, daß Rechtsgeschäfte unter Bedingungen vorgenommen werden können (vgl. o. Bd. 1 § 34[47], dazu Zitelmann, Lücken 12, RG. 52 S. 152), die Ausdehnung der nur in einzelnen Fällen ausgesprochenen Ausnahmevorschrift, daß die Zustimmung zu fremder Prozeßführung den Zustimmenden bindet (vgl. o. Bd. 1 §§ 53, 56), die Ausdehnung der in BGB. § 407 II und in einer Reihe von ähnlichen Fällen ausgesprochenen Ausnahme auf den Fall der Prozeßführung des falsus heres, der einen Erbschein hat (o. Bd. 1 § 55). — Man nennt die im Text bezeichnete Tätigkeit gewöhnlich Analogie.

und dabei bestimmte Rechtsgrundsätze verwerten muß,[11]) die in dem geschriebenen Rechte nicht oder nicht in hinreichender Bestimmtheit stehen und auch noch nicht Inhalt eines Gewohnheitsrechts sind, wenn es aber anderseits an das bestehende Recht gebunden ist, so scheint es, als wenn entweder das Gesetz (§ 1 GVG.) sich selbst widerspreche oder als wenn man doch zugestehen müsse, daß das Gericht bei der Ausfüllung der Lücken Rechtssätze schaffe, also selbst Rechtsquelle sei.

Beide Auffassungen treffen nicht zu:

1. In seiner lebhaften Art die zuvor geschilderte Lückenhaftigkeit der geschriebenen Rechtsordnung empfindend, gelangt Bülow zu folgender Auffassung. Er meint, daß das, was der Gesetzgeber von sich aus fertig zu bringen vermöge, noch kein geltendes Recht sei, sondern nur ein Plan, nur der Entwurf einer zukünftigen, erwünschten Rechtsordnung.[12]) Das Gesetz selbst vermöge nicht unmittelbar Recht zu schaffen.[13]) „Die abstrakten Rechtsgebote bedürfen einer Ergänzung von anderer Seite her", und zwar sowohl von den Beteiligten selber als auch durch das Gericht. „Die Parteien leisten Beihilfe zum vollständigen Ausbau der Rechtsordnung" durch Abschließung von Rechtsgeschäften, durch die sie „Inhalts- und Wirkungsvorschriften hervorbringen, die bisher noch nirgends vorhanden waren".[14])

Bezüglich der Richtertätigkeit aber kommt Bülow zu dem Resultat, daß „Gesetz und Richteramt sich in den Rechtsschaffungs- und Rechtsbestimmungsberuf der Staatsgewalt teilen."[15]) Beachtet man die an die Spitze dieses Referats gestellten Äußerungen und nimmt man hinzu, daß nach Bülow der Richter „zwar nur aus der vom Gesetz gewiesenen und bewachten Quelle das Recht holen darf", daß aber „nicht das Gesetz selber die Quelle ist und daß der Gesetzgeber nicht selber die Rechtssubstanz hervorbringt",[16]) beachtet man Aussprüche wie den, daß jeder Rechtsfall ein Rechtsproblem darstelle, welches sich in den abstrakten Privatrechtsvorschriften noch nicht vollständig gelöst finde,[17]) und daß das Urteil eine Willenserklärung sei, und zwar, ähnlich wie das Gesetz, eine „von der Staatsgewalt er-

[11]) Der Theoretiker kann in seinen Erörterungen mit dem Bekenntnis des Zweifels über das, was Rechtens ist, schließen. Das Gericht aber muß der einen oder anderen Partei recht geben.

[12]) Gesetz u. Richteramt 3. [13]) Gesetz u. Richteramt 45.

[14]) Geständnisrecht 131/3. Über diese die Rechtsordnung und den gemäß derselben bestehenden konkreten Rechtszustand verwechselnde Auffassung der Rechtsgeschäfte vgl. bereits o. § 89 I/II.

[15]) Gesetz u. Richteramt 41. Auf S. 13 spricht er von dem „selbständigen Anteil an dem Rechtsordnungs- und Rechtsschöpfungsberuf". Dies und weitere Erörterungen zeigen deutlich, daß Bülow nicht etwa die Teilung des Textes so meint, daß der Staat die Schaffung des objektiven Rechts und der Richter die Rechtsbestimmung im Sinne der Feststellung des konkreten Rechtszustandes habe.

[16]) Gesetz und Richteramt 47.

[17]) ZZP. 31 267. Dort auch der Satz: „Die Gesetzesbestimmungen geben uns für sich noch nicht Auskunft darüber, was im einzelnen Falle Rechtens ist."

lassene Rechtswillenserklärung“,[18]) so kann in all dem nichts anderes als die Lehre von einem richterlichen Rechte gefunden werden, welches, durch den Richter geschaffen, die Norm für die Beurteilung des einzelnen Falles darstellt und die Erklärung für die verbindliche Kraft des Urteils abgeben soll.

In diesem Sinne ist Bülow mehrfach verstanden worden.[19]) Freilich findet sich bei ihm auch eine ganz andere Auffassung. So, wenn er sagt, daß der Zweck des Prozeßinstituts sei, „festzustellen, welche Partei recht hat,“[20]) daß „die Endurteile staatliche Bestätigung des bestehenden Rechtszustandes sind“.[21])

Diese Auffassung[22]) steht mit der zuerst wiedergegebenen in vollem Widerspruch.[23])

Die von uns bekämpfte Auffassung beruht auf einer Verkennung des Begriffs der Rechtsanwendung. Sie steht in schneidendem Gegensatze zu dem in § 1 GVG. formulierten prozessualen Grundgesetz und erledigt sich schon dadurch. Auch beachte man die Konsequenzen. Um die vollständige privatrechtliche Ausprägung zu empfangen, müßte jeder Rechtsfall erst den Weg durch den Prozeß machen. Bis dahin wäre die Regelung des Lebensverhältnisses nicht nur subjektiv, sondern auch objektiv ungewiß, also nicht vorhanden: erst durch das Urteil würde das Lebensverhältnis zum Rechtsverhältnis (im Sinne eines rechtlich geregelten).[24]) Sodann müßte nach aller Regel der neue, die Rechtsordnung „vollendende“ Rechtssatz von seiner Entstehung an datieren und wirken. Wie könnte er dann aber auf den in der Vergangenheit liegenden Tatbestand angewendet werden — was doch zweifellos geschieht[25]) —, weil er schon damals gegolten und von den Parteien Beachtung geheischt habe? Wie könnte davon die Rede sein, daß die Urteile von dem Revisionsgericht, das doch nur darauf sieht, ob gesetzmäßig geurteilt ist, auf ihre Richtigkeit nachgeprüft und wegen Gesetzesverletzung auf-

---

[18]) Gesetz u. Richteramt 6. Dort auch: „Der Rechtsspruch wie das Gesetz sind Akte der rechtsordnenden Staatsgewalt“.

[19]) So schon von Wach I 7 (vgl. jetzt auch ZZP. 32 10, 26 f.), Hölder, Pand. 1 38, Wlassak, Prozeßgesetze 1 9 f., Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte 89 f., welch letzten Schriftsteller Bülow, Geständnisrecht 136 allerdings hier ebenso entrüstet von seinen Rockschößen abzuschütteln versucht, wie in der Lehre von den Rechtsgeschäften (vgl. o. § 89 [3]). Die Stimmen der übrigen Schriftsteller hat Bülow auch in seinen neueren Schriften nicht beachtet.

[20]) ZZP. 31 265, vgl. auch S. 266. [21]) Geständnisrecht 90.

[22]) Es ist die unsrige und die herrschende; es ist die, die Bülow ZZP. 31 268 als die „weit abirrende“ bezeichnet.

[23]) Auf ihn hat bereits Wach I 7 aufmerksam gemacht. Er kann nur dem verborgen bleiben, der sich nicht bewußt ist, daß Rechtsordnung sowohl das Ganze der Rechtssätze wie den auf Grund derselben bestehenden konkreten Rechtszustand (rechtliche Ordnung der Lebensverhältnisse) bezeichnen kann.

[24]) Auf diesen schwachen Punkt der Bülowschen Auffassung hat Wach, ZZP. 32 10 bereits zutreffend hingewiesen.

[25]) Oder will man behaupten, daß alle vom Richter geschaffenen Rechtssätze die Eigentümlichkeit haben, daß sie rückwirkende Kraft besitzen?

gehoben werden? Und nach welchem Gesichtspunkte sollte die Frage beantwortet werden, ob eine revisible oder nicht revisible Rechtsnorm verletzt ist? Vor allem aber: die ganze Auffassung beruht auf der bereits oben zurückgewiesenen falschen Vorstellung von der Adresse, an die sich die Befehle der Zivilrechtsordnung richten. Diese Adresse ist keineswegs ausschließlich oder doch für den Fall des Streites das Gericht, sondern es sind die beteiligten Privaten. Ihnen will das Gesetz die Richtschnur für ihr Verhalten geben; daß ein Rechtsfall zur gerichtlichen Aburteilung kommt, ist ein unerwünschter und seltener Ausnahmsfall.[26])

Unser Ergebnis ist: Es gibt keine besondere im Richteramt liegende Befugnis des Gerichts zur Ergänzung und Vollendung der Rechtsordnung. Der Richter hat gemäß der Rechtsordnung Recht zu sprechen, nicht nach Rechtssätzen, die er sich selbst kraft Richteramts zu bilden befugt wäre.[27])

2. Die richtige Auffassung über die Bedeutung des § 1 GVG. in Ansehung der Lückenhaftigkeit des Gesetzes ist die folgende.

Überall wendet das Gericht bereits bestehendes Recht an. Recht ist aber nicht nur der unmittelbare Inhalt des geschriebenen Rechts und des ausgebildeten Gewohnheitsrechts, sondern die Gesamtrechtsordnung enthält auch Rechtsnormen, die weder geschrieben noch durch Übung bereits zu einem formal bindenden Rechtssatz erstarkt sind.[28]) Die Normen dieser letzteren Art greifen überall da Platz, wo eine Lücke in dem weiten oben S. 164/6 umschriebenen Sinne vorhanden ist.[29]) Diese Norm ist zu finden, aber

---

[26]) Die Vorstellung, daß der Prozeß den Rechtszustand nicht nur evident macht, sondern erst schafft, hat eine gewisse Berechtigung für das klassische römische Recht, nämlich insofern, als im Formularprozesse allerdings der Gewinn oder Verlust des Prozesses wesentlich davon abhing, ob der Prätor actionem gab und wie er die Formel einrichtete. Vgl. o. § 96[6].

[27]) Anders Stampe, DJZ. 1905 S. 1019. Er wirft nicht nur die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen der Richter die „Befugnis zur Gesetzesänderung" habe und die Änderung „der Legislative entziehen" dürfe, sondern er stellt auch die Frage, „welcher Instanz die Gesetzesänderung zustehen soll". Der § 1 des GVG. scheint für Stampe nicht zu existieren. Über die Beispiele von Gesetzesänderung, die Stampe in der Praxis gefunden zu haben glaubt, vgl. o. Note 9.

[28]) Nimmt man die Rechtsnormen dieser beiden Arten zusammen, so gibt es keine Lücken im Recht (in der gesamten Rechtsordnung), und die richterliche Tätigkeit ist reine Rechtsanwendung. Die Rechtssätze der ersten Art aber können sehr wohl Lücken haben (objektiv, nicht nur vom Standpunkt des Fragenden aus). Dies verneint die Theorie, welche die nicht ausgesprochenen Rechtssätze auf den stillschweigend geäußerten Willen des Gesetzgebers zurückführt und aus diesem Gesichtspunkte die „logische Geschlossenheit" der Rechtsordnung behauptet. — Nach der hier vertretenen Auffassung gibt es neben der im Gesetz und Gewohnheitsrecht enthaltenen Rechtsordnung nicht etwa eine zweite, aus der jene zu ergänzen wäre (kein Naturrecht im Sinne der im 18. Jahrhundert herrschenden Lehre), aber es gibt Rechtsnormen, die in der einheitlichen Rechtsordnung nicht ausgesprochen sind.

[29]) Der allgemein gebräuchliche und durchaus zutreffende Ausdruck „Rechtsfindung" schließt schon sprachlich die Vorstellung aus, daß die in Frage stehende Gedankentätigkeit etwas Neues schaffe. Was ich finden soll, muß vorhanden sein. Etwas, was nicht schon existiert, muß erst geschaffen werden. Was ich finde, entzog sich bisher nur meinem Bewußtsein.

nicht, indem man den Gedanken des Gesetzgebers (im Sinne des Urhebers des Gesetzes) oder gar den in den Gesetzesmaterialien niedergelegten Gedanken der Verfasser und Berater des Gesetzestextes nachspürt und das, was nicht Gesetzesinhalt ist und was wir jetzt neu erdenken, dem Urheber des zu ergänzenden Gesetzes als seinen Willen unterschiebt und als bereits im Gesetz zum Ausdruck gelangt fingiert.[30]) Die Unhaltbarkeit dieser Methode erhellt am schlagendsten, wenn man an solche Situationen denkt, die wegen der Neuheit der Lebensgestaltung unmöglich bereits im Gedankenkreis des Gesetzgebers gelegen haben können,[31]) oder an solche Verhältnisse, die er absichtlich nur ganz im allgemeinen oder gar nicht geregelt hat, weil er sie nicht regeln wollte.[32]) Sodann: Die Fortentwicklung des Rechts durch Auslegung und Lückenausfüllung beschränkt sich gar nicht auf das geschriebene Recht, sondern auch die Sätze des Gewohnheitsrechts sind die Grundlage für dieselbe Gedankentätigkeit. Hier aber sind jene Fiktionen durch die Natur der Sache absolut ausgeschlossen.

Das Richtige ist es, wenn man den Anteil, den die Gegenwart an der Fortbildung des Rechtes ganz unbestreitbar nimmt, offen anerkennt und nicht den Versuch macht, Prozesse wegzuleugnen, die sich im Rechtsleben der Gegenwart fortdauernd und unaufhaltsam vollziehen.

Die maßgebenden Faktoren sind das Rechtsleben (der Verkehr) selbst, die Praxis und die Wissenschaft. Sie arbeiten für die Zwecke der Rechtsfindung in Wechselwirkung und gegenseitiger Ergänzung. Bietet das formal verbindliche Recht keine bestimmte Entscheidung,[33]) so muß die Frage, die der Rechtsuchende zu stellen hat, lauten: Was würde der Gesetzgeber (nicht etwa zur Zeit des Erlasses der früheren Gesetze, sondern jetzt) ausgesprochen haben, wenn er die betreffende Rechtsfrage überhaupt oder wenn er sie eingehender, spezialisierter, als es geschehen ist, geregelt hätte?

Die Antwort ist so zu suchen, daß der Rechtssatz sich dem Ganzen des gesetzten Rechts harmonisch einfügt und sich nur als ein neues, aus dessen Organismus herausgewachsenes, alle seine Eigenschaften teilendes Glied darstellt. Damit die Rechtsfindung diesem Erfordernis entspricht, muß sie

---

[30]) Diese früher herrschende Ansicht über die Aufgabe der Auslegung (Literatur bei Windscheid-Kipp 1 § 21 4a, 6) verliert in neuerer Zeit immer mehr an Anhängern zu Gunsten der Auffassung, daß wir den objektiven Sinn des Gesetzes, den im Gesetzestexte verkörperten und in ihm fortwirkenden Gedankeninhalt (vim ac potestatem legis), zu ermitteln haben. Vgl. schon die treffliche Ausführung bei Wach I 256 f. (S. 258: „das Gesetz kann einsichtiger sein, als der Gesetzgeber", vgl. z. B. o. Bd. 1 § 55 II u. m. Rechtskr. 484 27), ferner Hölder, Allg. Teil 23 und neuerdings die geistreiche Darstellung von Saleilles, Einführung in das Studium des D. BR. 91 f.

[31]) Man denke z. B. an das gemeine Recht und das alte HGB. mit seinen Bestimmungen über Verträge unter An- und Abwesenden und an die Rechtsfragen, die auftauchten, als der Verkehr durch Fernsprecher aufkam.

[32]) Vgl. o. Note 7.

[33]) Daß eine vorhandene, auch wenn sie als ungerecht empfunden wird, maßgebend ist, wird nur zur Vermeidung jedes Mißverständnisses noch einmal hervorgehoben.

einerseits auf dem Boden des Gesetzes stehen, das, wenn es nicht die Lücke enthielte, den zu beurteilenden Tatbestand regeln würde.[34]) Sie muß also im Einklang mit den leitenden Grundsätzen[35]) des zu ergänzenden Gesetzes stehen; sie darf nicht ein Fremdkörper in seinem Organismus sein.[36]) Zugleich aber — und dies ist energisch zu betonen[37]) — muß der Jurist „das Gesetz unter Vermeidung doktrineller Einseitigkeit nach Möglichkeit den Anforderungen anpassen, die der bürgerliche Verkehr an das Gesetz stellt".[38]) Dazu gehören eine genaue Kenntnis des Lebens und ein offener Blick für die wirtschaftlichen und sozialen Bedürfnisse der Gegenwart und für die Mittel und Wege, auf denen jene unter gerechter Würdigung der widerstreitenden Interessen zu befriedigen sind — kurz: alle die Gaben, die die großen römischen Juristen in besonderem Maße auszeichneten und die den guten Gesetzgeber ausmachen.[39])

---

[34]) Der Rechtssatz gehört also bald zum Reichsrecht, bald zum Landesrecht, letzteres dann, wenn die ihm vorbehaltene und von ihm getroffene Regelung der Materie der Ergänzung bedarf. Danach beurteilt sich die Frage, ob der vom Gericht angewendete Rechtssatz revisibel ist (ZPO. § 549).

[35]) Sei es den Regelsätzen, sei es den Prinzipien, die den bereits vorhandenen Ausnahmebestimmungen zugrunde liegen und in analoger Anwendung zu weiteren Ausnahmen führen, vgl. o. bei Note 10.

[36]) Man kann kurz sagen: der gefundene Grundsatz muß im Geiste des Gesetzes liegen. Das ist etwas anderes, als wenn man sagt, daß er aus diesem Geiste gefunden werden muß. Wie im Texte sogleich zu betonen ist, sind es vielfach andere Momente, welche die positive Antwort auf die Frage geben, wie die Lücke auszufüllen ist.

[37]) Der § 1 des Entwurfs des BGB. verwies ausschließlich auf den Inhalt des bestehenden Rechts. Diese Beschränkung des Rechtsfindenden ist glücklicherweise (vgl. Gierke, Entwurf S. 119 f.) nicht Gesetz geworden. Der Richter ist frei.

[38]) Mit den Worten des Textes schließt eine treffliche Entscheidung, in der das RG. in Übereinstimmung mit dem Obertribunal einigen auffallenden Vorschriften des PrALR. einen praktisch erträglichen Sinn beilegt (20 S. 325). Auch seine Judikatur des BGB. wird zumeist von diesem gesunden Geiste beherrscht und hat schon viele hochbedeutsame Schritte zum gesunden Ausbau der neuen Rechtsordnung getan. Nicht einwandfrei ist z. T. die Methode, mit der unser höchstes Gericht die Begründung seiner Ergebnisse gewinnt, indem entweder auf die Gesetzesmaterialien zu großes Gewicht gelegt, oder das, was ex bono et aequo folgt, auf die stillschweigende Vereinbarung der Parteien zurückgeführt wird. Diese letztere Methode, mit der schon Justinian seine gesetzgeberischen Akte zu begründen liebte, übt einen verführerischen Reiz auf viele moderne Juristen aus, weil sie bequem ist. Sie ist verwerflich, weil sie mit stillschweigenden Vereinbarungen operiert, an die die Parteien nicht im entferntesten gedacht zu haben brauchen und die nur ein Konstruktionsmittel in der Hand des Juristen sind. Vgl. auch o. § 89[27], § 93[9].

[39]) In diesem Sinne haben die meisten der großen Juristen gewirkt, die einen nachhaltigen Einfluß auf unsere Praxis geübt haben. Auch theoretisch wird der im Text bezeichnete Standpunkt in neuerer Zeit immer mehr als der richtige verteidigt, vgl. besonders Bähr, Urteile 9 f., Hartmann, Zivil. Arch. 63 312 f., Kipp im Gegensatz zu Windscheid 1 § 28[4], Schneider, Treu und Glauben u. Arch. f. BR. 25 269 f., Zitelmann, Lücken im Recht (mit einer bedenklichen Motivierung [S. 26] aus der Streichung des § 1 des Entwurfs des BGB.), Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft (1903), Enneccerus, BR. (3) 1 §§ 65,6, Stampe in DJZ. 1905 S. 16 f., 713 f. (unter Übertreibung der Antithese der Rechtsfindung durch Konstruktion u. Interessenabwägung) u. a. a. O. S. 1018 (vgl. über letzteren Aufsatz die Bem. o. Note 9 und 27); in Stammlers Lehre vom richtigen Recht (1902) wird auch der viele beachtenswerte Gesichtspunkte finden, der St.'s Grundauffassung nicht teilt. Aus der ausländischen Literatur ist besonders zu beachten:

Die Jurisprudenz ist eben nicht nur Handhabung logischer Kategorien, sondern ars boni et aequi. Sie hat die Aufgabe, die Gerechtigkeit im Rahmen des Rechts[40]) zu verwirklichen.[41]) Die zur Erfüllung dieser Aufgabe erforderliche Rechtsüberzeugung gewinnt der Jurist nicht nur als Produkt scharfsinniger Argumente, sondern sie ist ebensosehr durch einen festen Willen bedingt, durch den Willen, der Gerechtigkeit ein wahrer Diener zu sein, ohne sich durch den Buchstaben des Gesetzes binden zu lassen.

Denselben Standpunkt nimmt sachlich[42]) der Vorentwurf des Schweizer Zivilgesetzbuchs ein, indem er in § 1 den Richter im Notfall anweist, sein Urteil „nach der Regel zu sprechen, die er als Gesetzgeber aufstellen **würde**". Denn selbstverständlich soll hiermit dem Richter nicht freie Willkür gewährt werden. Diese Formulierung stellt auf den Richter als Gesetzgeber ab; die unsrige auf den (idealen) Gesetzgeber, der vor die Frage gestellt ist: wie soll die Lücke ausgefüllt werden? Es ist klar, daß bei der einen Formulierung ebensosehr wie bei der anderen die subjektive Meinung des Richters über das, was billig und gerecht und den Verkehrsbedürfnissen angemessen ist, eine große Rolle spielt. Das ist aber ebenso, wenn man den Richter anweist, nach dem Willen des Urhebers des zu ergänzenden Gesetzes zu forschen, der in Wahrheit unerforschlich ist und als den man in Wirklichkeit doch nur die eigene Überzeugung ausgibt.[43]) Man mag die Aufgabe des Rechtsfindenden so oder so formulieren: die stärkste Garantie gegen Mißbrauch oder Irrtümer liegt allein in der Pflichttreue und der Einsicht der suchenden Personen, in der Nachprüfung der Urteile durch das höhere Gericht und in der öffentlichen Kritik.

Fr. Geny, Methode d'interprétation (1899) u. Saleilles, Einführung in das Studium des deutschen Rechts (übersetzt von Leonhard) 1905. Vgl. neuerdings auch Kraus, Grünhuts Z. 32 613 f., Rümelin, Arch. f. ziv. Prax. 98 298 f. (gegen Stampes Übertreibungen). — Bei der Korrektur kann noch auf Gnaeus Flavius, Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906) hingewiesen werden; vgl. dazu Unger, DJZ. 1906 S. 781 und Bülow, Recht 1906 S. 769.

[40]) Unter dem Rahmen des Rechts verstehe ich den Rahmen des geschriebenen und des Gewohnheitsrechts (des formal verbindlichen, heutigen ungesetzten Rechts). — Vortrefflich auch RG. 41 S. 411, wo die Berechtigung des Kaufmanns zur Prozeßführung unter seiner Firma (vgl. jetzt HGB. § 17) für das alte Recht „als eine den Bedürfnissen des Handelsverkehrs entsprechende, folgerichtige Entwicklung der zivilrechtlichen und im Handelsverkehr anerkannten Bedeutung der Firma" gerechtfertigt wird.

[41]) Diese schönen Worte sprach Brunner auf dem Innsbrucker Juristentag 1904.

[42]) Die Formulierung weicht insofern ab, als zu einseitig von dem Richter gesprochen wird, vgl. o. S. 161.

[43]) Die bekämpfte Methode ist in der Praxis ungefährlich, wenn ihre Anhänger eine richtige Entscheidung durch die Bezugnahme auf den fingierten Willen des Gesetzgebers oder der Parteien (Note 38) begründen. Sie wird sehr gefährlich, wenn der in der Handhabung solcher Fiktionen noch nicht genügend gewandte Richter die Befriedigung eines dringenden Rechtsbedürfnisses deshalb verweigert, weil er nach Anhaltspunkten für das wirkliche Vorhandensein jenes Willens sucht und sie nicht finden kann.

IV. Ein im Wege der Rechtsfindung entwickelter Grundsatz **gibt sich** als **Rechtssatz**, als Bestandteil der **bestehenden** Rechtsordnung **aus**.[44] [45])

Wird er als solcher allgemein anerkannt und in der Übung des Rechtslebens konstant betätigt, so hat er als Satz des Gewohnheitsrechts formal verbindliche Kraft erlangt.[46])

Vorher aber fehlt ihm diese, und es hängt lediglich von dem Wert der gewonnenen Ergebnisse ab, ob der Rechtsfindende später selbst bei seiner Ansicht über das, was Recht ist, bleibt und ob andere sie teilen.[47]) Auch das Urteil, das auf der gefundenen Rechtsansicht beruht, schöpft seine verbindliche Kraft nicht daraus, daß der angewendete Grundsatz Rechtssatz ist, sondern lediglich daraus, daß die Frage nach der Richtigkeit der über den abgeurteilten Tatbestand gefällten Entscheidung (also auch nach dem Vorhandensein des als Rechtssatz angewendeten Grundsatzes) inter partes nicht wieder aufgeworfen werden kann. Genießt doch auch das Urteil, welches auf der offenbaren Verletzung eines formal verbindlichen Rechtssatzes beruht, die Unverbrüchlichkeit der Rechtskraft!

---

[44]) Einen Rechtssatz im Sinne des Textes bildet auch der Grundsatz, den das Gericht dadurch gewinnt, daß es eine vorhandene, der näheren Bestimmung bedürftige Gesetzesvorschrift unter Verwertung der Erfahrungssätze näher spezialisiert, so z. B. indem es die Frage beantwortet, ob Verrat von Geschäftsgeheimnissen einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB. bildet, ob bei Transportverträgen, die nicht unter das HGB. fallen, der Adressat berechtigt wird (BGB. § 328). Die Erfahrungssätze werden dadurch allerdings nicht (wie Stein, Privates Wissen 120 mit Recht ablehnt) zu Bestandteilen des Rechtssatzes, wohl aber wird es der durch erstere gewonnene Grundsatz. Man muß sich den Rechtssatz des Gesetzes spezialisiert denken mit Rücksicht auf Fälle der vorliegenden Art.

[45]) Deshalb kann ein Urteil in Beziehung auf diese Frage im Wege der Revision nachgeprüft werden. Dabei ist es gleichgültig, ob der Rechtssatz als solcher (also abstrakt) formuliert und ausdrücklich als der rechtliche Obersatz angewendet ist, oder ob der ergänzte oder näher bestimmte Rechtssatz sich aus der Entscheidung als angewendet ergibt. Im letzteren Fall ist — unter scharfer Scheidung der festgestellten Tatsachen und der rechtlichen Beurteilung — erst zu ermitteln, welcher rechtliche Gesichtspunkt die Entscheidung bestimmte, eine Gedankentätigkeit, die wir ja durch die wissenschaftliche Beschäftigung mit den Entscheidungen der römischen Juristen gewohnt sind. — Kipp bemerkt zu Windscheid 1 § 23 Text zu Note 1b, daß die Entscheidungen, welche die Rechtsordnung nicht selbst gibt, aus demjenigen zu schöpfen sind, was im Verkehr als billig und gerecht angesehen wird (anders ausgedrückt: aus der bona fides), eventuell aber aus dem eigenen Gerechtigkeitssinn. In Note 1b aber lehrt er, der Inhalt dessen, was die bona fides fordere, sei nicht Rechtssatz, und betrachtet als revisible Norm nur das, was aus diesem Inhalt Rechtssatz geworden sei. Das erscheint mir als ein Widerspruch und schließt die Revision gerade da aus, wo sie am notwendigsten ist, von der Praxis des RG. übrigens auch durchweg zugelassen wird. Auch Schneider, Treu und Glauben i. R. d. SchV. 146[206] leugnet die Revisibilität, da „eine Rechtsnorm noch nicht bestehe" und der Richter dadurch, daß er sie finde und in Eins zugleich ihre jeweilige Rechtsfolge ausspreche, keine Rechtsnorm verletzen könne. Von Revision könne nur die Rede sein, wenn der Richter seine Befugnis zur Auffindung der Norm leugne oder sonst verkenne.

[46]) Vgl. o. § 88 I, 3, wo schon auf die Schwierigkeiten und die Ungewißheit dieser Feststellung aufmerksam gemacht wurde.

[47]) Man denke an die vielen Fälle, in denen ein Senat des RG. die Bedenken, die gegen einen von ihm früher aufgestellten Rechtsgrundsatz erhoben sind, prüft und sie bald zurückweist, bald als berechtigt anerkennt oder in denen die Plenarentscheidung dies tut.

V. Auf dem Gebiete des Prozeßrechts sind die Lücken nicht so häufig, wie auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts. Die Methode, in der sie erkannt und ausgefüllt werden müssen, ist dieselbe. Es ist eine unberechtigte Anschauung, wenn man meint, daß der formale Charakter der Prozeßgesetze der Rechtsfindung entgegenstehe.[48])

III. Die Zuständigkeitsordnung.

§ 94.

Einleitung: Begriff und Bedeutung der Zuständigkeit.[1])

I. Zuständigkeit einer Behörde bedeutet, daß sie dazu berufen ist, in einer bestimmten Angelegenheit tätig zu werden. Von der gerichtlichen Zuständigkeit kann in einem doppelten Sinne[2]) die Rede sein, nämlich

1. in dem Sinne, daß die Zuständigkeit der Gerichte gemeint ist. Hier handelt es sich um die Gerichtsbarkeit, also um die Frage,

a) ob die Rechtsangelegenheit zur streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört,[3]) ob sie, wenn sie eine Rechtsstreitigkeit ist, im Wege des Zivilprozesses erledigt wird[4]) und, wenn dies zutrifft, ob der ordentliche Rechtsweg oder der Rechtsweg vor „besonderen" Zivilgerichten zulässig ist;[5])

b) ob die nach ihrer Art im ordentlichen Zivilrechtsweg zu erledigende Angelegenheit auch in einer solchen Beziehung zum Inlande steht, daß sie unter die deutsche Gerichtsbarkeit fällt.[6])

2. Der Begriff der Zuständigkeit wird auch in einem engeren Sinne gebraucht. In diesem Sinne, der der gewöhnliche ist,[7]) bedeutet die Zuständigkeitsordnung die Verteilung der gerichtsbaren (1) Angelegenheiten unter die Gerichte, regelt also die Frage, welchem von den vielen Organen der (ordentlichen) streitigen deutschen Gerichtsbarkeit das zu dieser gehörende Geschäft zur Erledigung zugewiesen ist. In den folgenden Erörterungen ist nur die Zuständigkeit in diesem Sinne darzustellen.

II. Die reichsgesetzliche Zuständigkeitsordnung in dem unter I, 2 festgestellten engeren Sinne beruht darauf, daß

---

[48]) Beispiele für die freie Verwendung der Analogie aus der neueren Judikatur des RG. bieten für das Gebiet des Prozeßrechts RG. 53 S. 70, 265, 57 S. 237/8. Gegen den Formalismus vortrefflich Schultzenstein, ZZP. 15 84.

[1]) Wach I §§ 28f., Planck 1 § 6 und (zu S. 175f.) §§ 23/5, Fitting §§ 12, 16 (ausführlicher in der 7. Aufl. und im Arch. f. ziv. Prax. 63 222f.), Schmidt § 43, Weismann I §§ 27f. [2]) Vgl. hierzu die Nachweisungen in Bd. 1 § 14[2].

[3]) Beantwortet in Bd. 1 § 12.

[4]) Bd. 1 § 10 („bürgerliche Rechtsstreitigkeit", Ausschluß des Rechtswegs).

[5]) Bd. 1 § 11. [6]) Bd. 1 §§ 15/8.

[7]) So namentlich in GVG. §§ 23, 70, ZPO. §§ 1f., 12f., 274 II, wo in Nr. 1 die „Unzuständigkeit des Gerichts" der „Unzulässigkeit des Rechtswegs" entgegengesetzt ist.

1. für die verschiedenen Arten der gerichtlichen Geschäfte (also der gerichtlichen Funktionen) verschiedene Arten von gerichtlichen Behörden (Amtsgerichte, Landgerichte und Gerichte höherer Ordnung, Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher) vorgesehen sind, und daß

2. innerhalb derselben Behördenart jeder einzelnen Behörde ein bestimmter örtlich abgegrenzter Gerichtsbezirk zugewiesen ist.

Die Frage nach der örtlichen Zuständigkeit kann also erst beantwortet werden, wenn festgestellt ist, wie es sich mit der sog. funktionellen Zuständigkeit (1) verhält.[8]) Eine Übersicht über diese sich nach der Art der Gerichtstätigkeit bestimmende Zuständigkeit wird in § 95 gegeben.

Handelt es sich um die Aburteilung über eine Klage, so kompliziert sich die Sache dadurch, daß das Gesetz als „Prozeßgerichte" erster Instanz in den einen Fällen die Landgerichte, in den anderen die Amtsgerichte beruft.[9]) Diese verschiedene „sachliche" Zuständigkeit zur Ausübung derselben Funktion (Urteilsfällung in erster Instanz) bestimmt sich nach der Verschiedenheit des Prozeßgegenstandes. Über sie handelt der § 96.

Die örtliche Klagezuständigkeit, also die Frage, welches Amtsgericht oder welches Landgericht zuständig ist, bestimmt sich danach, in welchem Gerichtsbezirk ein Gerichtsstand (Grund für die örtliche Zuständigkeit) in Ansehung des konkreten Rechtsstreits besteht. Hierüber handeln die §§ 97 bis 105.

III. Die Bedeutung der Zuständigkeit. Ausschließlichkeit.

Die Zuständigkeitsordnung enthält die Verteilung der Geschäfte unter die Gerichte. Maßgebend ist hierbei teils die Rücksicht auf die Gerichte (ihre Geschäftslast), teils die Rücksicht auf den Prozeßgegenstand, teils die Rücksicht auf die Interessen des Beklagten.

Die Zuständigkeit eines Gerichts bedeutet 1. für dieses, daß es vom Gesetz zur Erledigung der Rechtsangelegenheit berufen ist, und folgeweise 2. für die Parteien, daß sie der Gerichtsgewalt dieses Gerichts so unterworfen sind, daß kein Widerspruch gegen die Ausübung der Gerichtsgewalt erhoben werden kann.

Die Unzuständigkeit einer Behörde kann bedeuten, daß die Maßregel, die sie trifft, ohne Wirkung ist und also von den Beteiligten nicht befolgt zu werden braucht. Die Unzuständigkeit des Gerichts würde dann den Sinn haben, daß ihm die Gerichtsgewalt fehlte und sein Urteil und die ihm voraufgehenden Anordnungen und sonstigen Entscheidungen der bindenden

---

[8]) Der Ausdruck ist zuerst von Wach I 587 gebraucht.

[9]) Der Grund dieser Einrichtung ist ersichtlich daraus, daß die Landgerichte zugleich die zweite Instanz über den Amtsgerichten sind. Die Entscheidung durch die mit drei Richtern besetzte Zivilkammer des Landgerichts verbürgt in der Regel eher ihre Richtigkeit als die Entscheidung des einen Amtsrichters. Anderseits ist maßgebend, daß sich der Prozeß vor dem Amtsgericht rascher und billiger abwickeln kann.

Kraft entbehrten. Ein derartiger Sinn der Unzuständigkeit ist sehr wohl möglich und kommt ihr auch heute in der Regel zu.[10]) Das römische und kanonische Recht hat diese Regelung auch auf dem Gebiete des Zivilprozesses gehabt.[11])

In der freiwilligen Gerichtsbarkeit findet sie sich auch heute noch, soweit es sich um die „sachliche" Zuständigkeit im Sinne des FGG. handelt (FGG. § 32). Das Gesetz hat hier den Fall im Auge, daß eine Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die einer anderen als der vom Gesetz bestimmten Behördenart angehört, die Entscheidung getroffen hat, also etwa der Notar statt des Gerichts, das Landgericht statt des Amtsgerichts, das Amtsgericht statt des in Preußen für Fideikommißangelegenheiten berufenen Oberlandesgerichts. Eine solche Verfügung der sachlich unzuständigen Behörde ist nichtig. Dagegen sind in der freiwilligen Gerichtsbarkeit „die gerichtlichen Handlungen nicht deshalb unwirksam, weil sie von einem örtlich unzuständigen Gericht vorgenommen sind" (FGG. §§ 7, 32, 202 II).

In der streitigen Gerichtsbarkeit bleibt es bezüglich des Gerichtsschreibers und Gerichtsvollziehers bei der Regel. Unzuständigkeit macht ihre Handlungen nichtig. Dies gilt z. B., wenn ein anderer Gerichtsschreiber als der des Prozeßgerichts Rechtskraftszeugnisse (ZPO. § 706 I) oder Vollstreckungsklauseln (§ 724) erteilt hat, oder wenn ein Gerichtsvollzieher die Pfändung einer Forderung (§ 828) ausspricht.

Anders aber ist es nach Reichsrecht, soweit es sich um die Tätigkeit der Prozeßgerichte, also um das hier zunächst zu betrachtende Entscheidungsverfahren handelt.

Von der Frage, ob die Entscheidung wegen Unzuständigkeit unwirksam ist, muß man die andere Frage unterscheiden, ob einer Entscheidung mit Rücksicht auf ihren Inhalt und die ganze Art des Verfahrens nicht diejenige Wirkung zukommen kann, welche einer bestimmten anderen Art von Entscheidungen beigelegt ist. Wäre auf die vom Verlierer eines Inhaberpapiers gegen den Beklagten erhobene Klage ein die Kraftloserklärung aussprechendes Urteil erlassen, so könnte diesem, mag es vom Amtsgericht oder vom Landgericht erlassen sein, nicht die Kraft zukommen, die das Gesetz dem im Aufgebotsverfahren erlassenen Ausschlußurteil beilegt. Das Vormundschaftsgericht bestellt einen Vormund auf den Entmündigungsbeschluß, nicht aber auf ein unangefochten gebliebenes Versäumnisurteil hin, in dem auf Klage die Schwester des Klägers für geisteskrank erklärt worden ist.[12]) Würde in einem Prozesse von einer Partei auf Grund jenes Urteils die Geschäftsunfähigkeit behauptet, so würde sich der Richter zu sagen haben, daß der Tatbestand, an den das Gesetz den Verlust oder die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit anknüpft, nicht vorhanden ist.

[10]) Über die Frage, welche Bedeutung die Erteilung und Begrenzung der Gerichtsbarkeit gegenüber der Zuständigkeit anderer Behördenarten hat, ist bereits in Bd. 1 § 14 gehandelt.

[11]) Vgl. die Nachweisungen bei Planck I § 23 S. 89/90. Die gemeinrechtliche Praxis schränkte die ipso iure eintretende Nichtigkeit schon erheblich ein.

[12]) Ich verdanke dieses Beispiel der Mitteilung eines meiner Kollegen. Es ist nicht erfunden, sondern kurz nach 1879 vorgekommen.

Hätte das Gericht auf Klage hin ausgesprochen, daß dem Beklagten durch das Urteil ein Erbschein erteilt werde, so wäre trotzdem ein Erbschein im Sinne des Gesetzes und mit der Wirkung der §§ 2365/7 BGB. nicht vorhanden. Hätte das Gericht dem Antrag der Klage, eine Forderung des Beklagten gegen einen Drittschuldner für gepfändet und überwiesen zu erklären, durch Urteil stattgegeben, so läge ein Pfändungsakt, wie ihn das Gesetz in §§ 804, 836 II ZPO. voraussetzt, nicht vor, und das Urteil könnte nicht die Wirkungen eines gesetzlichen Pfändungsbeschlusses haben.

Ohne Rücksicht auf die Vorschriften über örtliche Zuständigkeit und über die Verteilung der Prozesse an die erstinstanzlichen Gerichte (sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte oder Landgerichte) steht die Macht zur prozessualen Behandlung einer Klagangelegenheit und zu ihrer Aburteilung heute jedem deutschen (ordentlichen) Gerichte zu. Fehlt ihm die Zuständigkeit, so bedeutet dies, daß es nicht entscheiden **soll**, aber nicht etwa, daß es nicht entscheiden **kann** (so daß seine Entscheidung keine Wirkung zu erlangen vermöchte).[13])

Diese Auffassung der Bedeutung der Zuständigkeit[14]) ergibt sich aus den einzelnen Vorschriften, die das Gesetz (namentlich die Novellen von 1898 und von 1905) für den Fall der Angehung eines unzuständigen Gerichts gegeben hat. Das Gesetz unterscheidet scharf zwischen den beiden Möglichkeiten, daß in Frage steht, ob das angegangene[15]) Gericht erst tätig werden soll, oder aber, ob der Prozeß trotz der bereits geschehenen Verhandlungen mit einer Prozeßabweisung endigen und ob gar ein vom Gericht bereits gefälltes Urteil durch eine Prozeßabweisung ersetzt werden soll.[15a]) Ist letzteres geboten, so heißt das, daß die bereits geleistete Arbeit unnütz wird. Es ist klar, daß ein weiser Gesetzgeber dies möglichst zu vermeiden suchen wird.[16])

[13]) Auch hier zeigt sich wieder, daß der moderne Gesetzgeber den Gerichten ein weit größeres Vertrauen entgegenbringt, als dies früher geschah. Man geht davon aus, daß die Regeln über die Zuständigkeit jedem deutschen Richter so bekannt sind, daß z. B. ein Amtsrichter keine Ehescheidung aussprechen werde. Deshalb gibt man wegen Unzuständigkeit keinen Rechtsbehelf gegen das rechtskräftig gewordene Urteil und nimmt es in den Kauf, wenn wider Erwarten die Zuständigkeitsregeln noch so gröblich verletzt werden sollten.

[14]) Daß sie auch im Strafprozeß die richtige ist, ist m. E. zweifellos. Vgl. StPO. §§ 16f., besonders §§ 20, 21.

[15]) Bei der Zulassung der Klage wird die sachliche und örtliche Zuständigkeit noch nicht geprüft.

[15a]) Die Frage, ob ein Gericht zuständig ist, richtet sich immer auf die Zukunft, und ebenso kann die Prorogation als Zuständigkeitsgrund stets nur auf die Zukunft wirken. Das Gericht kann nicht in die Vergangenheit hinein zuständig werden. Bezüglich dessen, was schon geschehen ist, kann nur die Heilung des Mangels in Frage kommen. Die Prorogation hat also eine doppelte Bedeutung. — Fitting (o. Note 1) operiert mit dem Begriff der bedingten Zuständigkeit und Unzuständigkeit.

[16]) Im Strafprozesse ist dieser Gedanke energisch durchgeführt. Nach Eröffnung des Hauptverfahrens darf das Gericht die (örtliche) Unzuständigkeit nur auf Einwand des Angeklagten aussprechen (StPO. § 18), und dieser verliert den Einwand schlechthin, wenn er nicht bis zur Verlesung des Eröffnungsbeschlusses geltend gemacht ist (unter Umständen auch schon früher), StPO. § 16. — Im Zivilprozeß ist dieser gesunde Gedanke weit weniger kraftvoll verwertet. Man darf fragen, ob die Zuständigkeit für die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten wichtiger ist, als für Strafsachen.

Stets hat der Beklagte die Befugnis, die Tätigkeit eines vom Kläger angerufenen unzuständigen Gerichts abzulehnen, und dieses muß dem Verlangen durch Prozeßabweisung nachgeben, wenn es rechtzeitig gestellt wird.[17]) In der Regel ist das Gericht sogar berechtigt und verpflichtet, auch ohne Rüge des Beklagten seine Unzuständigkeit auszusprechen. Ist dies mit Unrecht versäumt, so ist es in höherer Instanz nachzuholen.

Aus mannigfachen Gründen können jedoch diese drei Grundsätze Modifikationen erleiden; insbesondere kann eine vom unzuständigen Gericht gefällte Entscheidung der Anfechtung entzogen sein, so daß Heilung des Mangels eintritt.

Für diese unter IV darzustellende Lehre ist von grundsätzlicher Bedeutung die Vorfrage, ob die Zuständigkeit eine ausschließliche ist. Das ist sie nur: 1. stets, soweit es sich um die funktionelle Zuständigkeit (nach der Art des Geschäfts) handelt, 2. hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit, soweit das Gesetz den Gerichtsstand als ausschließlich bezeichnet, 3. hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit, wenn die Klage a) die Entscheidung über eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit oder b) über eine solche nachsucht, für die das Landgericht im Gesetz als ausschließlich zuständig bezeichnet ist. In allen anderen Fällen ist die Zuständigkeit keine ausschließliche.[17a])

Die Ausschließlichkeit der Zuständigkeit bedeutet niemals, daß die Entscheidung eines anderen Gerichts nichtig wäre; sie bedeutet auch nicht, daß der Mangel der Zuständigkeit absolut unheilbar wäre.[18]) Vielmehr liegt die Bedeutung des Unterschieds im wesentlichen darin, daß die Parteien durch Vereinbarung oder ihr gleichgestelltes Verhalten die Zuständigkeit eines Gerichts voll begründen können, wenn nicht ein anderes Gericht ausschließlich zuständig ist.[19]) Das der Vereinbarung gleichgestellte Verhalten ist die vorbehaltlose Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache. Er hat es also in der Hand, die Zuständigkeit jederzeit herzustellen. Daraus folgt, daß der Mangel der Zuständigkeit stets heilbar ist, wenn es sich nicht um ausschließliche Zuständigkeit handelt. Anders ausgedrückt: der Beklagte kann hier unbedingt auf die Rüge der Unzuständigkeit verzichten. Auch kann sie durch Versäumung ihres rechtzeitigen Vorbringens verloren gehen.[20])

IV. Prüfung der Zuständigkeit, Berücksichtigung der Unzuständigkeit.

1. In der Regel hat das Gericht von Amts wegen seine Zuständig-

[17]) Nicht die Klage wird abgewiesen, sondern die Entscheidung über sie wird abgelehnt. S. o. § 66 bei N. 14. Gerade bei dieser Prozeßvoraussetzung kann dies aus dem Gesetz schlagend nachgewiesen werden. Vgl. z. B. §§ 276, 505 ZPO.

[17a]) Das Gesetz verwendet den Ausdruck „ausschließlich" nur in den Fällen 2 und 3 b (GVG. § 70 II). Trotzdem dürfen wir den Ausdruck in allen Fällen unter 1—3 gebrauchen. Die Ausschließlichkeit im Falle 3 a ergibt sich gerade als Folge des Verbots der Prorogation (ZPO. § 40 II).

[18]) Vgl. dazu u. S. 183.

[19]) Sog. Prorogation (§§ 38—40), s. u. § 106.

[20]) Vgl. u. Note 39, 41.

keit zu prüfen (a) und, wenn sie fehlt, die Prozeßabweisung von Amts wegen auszusprechen (b).

a) Die Prüfung von Amts wegen hat,

α) soweit ausschließliche Zuständigkeit in Frage steht, nicht nur die Bedeutung, daß das Gericht selbständig zu würdigen hat, ob die von den Parteien angeführten Tatsachen die Behauptung der Zuständigkeit rechtlich begründen;[21]) das Gericht muß vielmehr auch von Amts wegen prüfen, ob die angeführten Tatsachen wahr sind. Die Beweislast trifft in der Regel den Kläger; sie liegt dem Beklagten nur dann ob, wenn er gegen den Kläger ein Versäumnisurteil beantragt. Das Zugeständnis des Gegners hat hier keine bindende Kraft; Eideszuschiebung ist ausgeschlossen. Notorietät einer Tatsache schließt nicht nur die Bestreitung durch den Gegner aus, sondern auch die Behauptung einer anderen Tatsache, die sich mit der Offenkundigkeit in Widerspruch setzt.[22])

β) Ist in dem Prozesse die Prorogation möglich, so hat das Gericht, 1. wenn sie eingetreten ist (§§ 38/9), nicht mehr die Frage aufzuwerfen, ob nicht die Zuständigkeit aus anderen Gründen vorhanden sein würde. So auch dann, wenn der Beklagte gegen den nicht erschienenen Kläger das Versäumnisurteil beantragt. Denn das ist Verhandlung zur Hauptsache, welche die Zuständigkeit begründet (§ 39). 2. Ist die Prorogation möglich, aber nicht eingetreten, so bedürfen gleichwohl die vom Kläger behaupteten Zuständigkeitstatsachen des Beweises nur dann, wenn der Beklagte sie bestritten hat.[23]) Das Gericht darf also nach der Wahrheit dieser Tatsachen nicht fragen, wenn der Beklagte sie zugesteht oder wenn er trotz Erscheinens ihre Bestreitung unterläßt oder wenn er gar nicht erschienen ist.[24]) In diesen Fällen hat die Prüfung sich auf die Frage zu beschränken, ob aus den vom Kläger angeführten Tatsachen die Zuständigkeit folgt; die Zuständigkeit kann nur verneint werden,[25]) wenn dies nicht der Fall ist.[26])

---

[21]) Man denke z. B. an die Frage, ob die Rechtsstreitigkeit eine vermögensrechtliche ist oder ob die von ihrem Ehemann getrennt wohnende Ehefrau ihren Wohnsitz im Rechtssinne da hat, wo sie tatsächlich wohnt (BGB. § 10).

[22]) Beispiel: Es ist bei Gericht offenkundig, daß das streitige Grundstück im Gerichtsbezirk a liegt; der Kläger behauptet, es liege im Bezirk b, und der Beklagte gesteht dies zu.

[23]) Die Meinung, daß die bloße Behauptung des Klägers hinsichtlich der Zuständigkeitstatsachen die Zuständigkeit begründen könne (so Kohler, Beitr. 107f. in den bei Note 28 behandelten Fällen, mit Einschränkungen auch die Praxis des RG.) ist abzulehnen. Vgl. Gaupp-Stein, Vorbem. IV vor § 12, Seuffert, Erl. 5 vor § 12, wo Literatur und Judikatur zitiert sind. Vgl. unten Note 28.

[24]) Übereinstimmend die Kommentare und die in der Literatur überwiegende Meinung (Zitate bei Seuffert, Erl. 2e zu § 331). Für den Fall der Versäumnis folgt das Gesagte zwar nicht zwingend aus § 331 I, wohl aber aus der allgemeinen Vorschrift des § 138 II mit § 288.

[25]) Eine andere Frage ist, ob dann auch von Amts wegen die Prozeßabweisung auszusprechen ist. Vgl. u. S. 182.

[26]) So z. B., wenn der Kläger gegenüber dem in Berlin wohnenden Beklagten

Hat der Kläger solche Tatsachen, aus denen die Zuständigkeit folgt, wahrheitswidrig behauptet, so nötigt er dadurch also den Beklagten zur Bestreitung, wenn dieser verhüten will, daß das Gericht auf Grund ihrer Nichtbestreitung die Zuständigkeit als vorhanden annehmen soll.

Die Zuständigkeit bildet die Voraussetzung für jede sachliche Entscheidung.[26a]) Deshalb hat das Gericht stets die Befugnis, die Verhandlung über solche Tatsachen, die nur für die sachliche Entscheidung in Betracht kommen, zunächst zu verhindern. Es kann zur Verhütung von Erörterungen, die im Falle der Unzuständigkeit zwecklos sein würden, die Verhandlung stets auf die Zuständigkeitsfrage beschränken.[27]) Allerdings gibt es Tatsachen, die sowohl für die Zuständigkeit als auch für die sachliche Entscheidung in Betracht kommen, wie z. B. der Erfüllungsort, der Ort der begangenen unerlaubten Handlung, der Wert des Streitgegenstandes, die Verletzung der Amtspflicht. Hier läßt es sich nicht vermeiden, daß bei der Verhandlung über die Vorfrage der Zuständigkeit auch schon solche Tatsachen erörtert und zum Gegenstande des Beweises gemacht werden, die den Prozeßgegenstand selbst betreffen. Doch darf dies nur insoweit geschehen, als die Zuständigkeit von dem Ort der begangenen Handlung usw. abhängt. Nicht ist zu untersuchen und schon darüber zu entscheiden, ob die Klage begründet ist, sondern nur, ob, wenn das behauptete Rechtsverhältnis besteht, die Zuständigkeit des Gerichts gegeben ist.[28])

b) Sobald die Prüfung die Unzuständigkeit ergeben hat, muß das Gericht regelmäßig die Prozeßabweisung von Amts wegen sofort aussprechen.[29])

---

die Zuständigkeit lediglich daraus ableitet, daß nachträglich eine Rechnung zugesandt ist, auf der der Vermerk steht: Erfüllungsort für beide Teile ist Hamburg.

[26a]) Nicht nur für die Entscheidung über die Hauptsache (vgl. o. 1 § 24); deshalb darf das Amtsgericht, wenn die Zuständigkeit mit Rücksicht auf den streitigen Wert des Streitgegenstandes ungewiß ist, die Unzulässigkeit des Rechtswegs aber feststeht, nicht etwa sofort die Klage als unzulässig abweisen. Das wäre eine sachliche Entscheidung. Sie darf erst ergehen, wenn feststeht, daß nicht die Prozeßabweisung zu erfolgen hat. Das gilt hier ebenso, wie wenn eine offenbar unbegründete Klage angestellt ist, aber ungewiß ist, ob der Kläger prozeßfähig oder sein als Vormund auftretender Vertreter wirklich der Vormund ist. Die Entscheidung darf es auch nicht im ungewissen lassen, ob wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung oder aus einem andersartigen Grunde abgewiesen wird. Denn dann würde der Inhalt des Urteils im ungewissen bleiben. Vgl. RG., JWSchr. 1898 S. 257, 280 Nr. 15, Entsch. 41 S. 370. Vgl. auch oben § 66 a. E. und unten Note 31a.

[27]) Auch dann, wenn der Beklagte seinerseits die Beschränkung nicht oder nicht mehr erzwingen kann. ZPO. §§ 275, 504 III, 528 II, 594.

[28]) Wird die Zuständigkeit des Landgerichts Potsdam daraus abgeleitet, daß der in Berlin wohnende Beklagte den Kläger in Potsdam schuldhaft überfahren habe, und leugnet der Beklagte dies unter Geltendmachung der Unzuständigkeit, so ist Beweis darüber zu erheben, ob die Handlung in P. begangen wurde. Stellt sich heraus, daß dies nicht der Fall ist, so muß Prozeßabweisung auch dann erfolgen, wenn sich ergeben hat, daß der Beklagte die Handlung überhaupt nicht begangen hat, oder daß ihn kein Verschulden trifft (das prozeßabweisende Urteil macht Rechtskraft lediglich über die Unzuständigkeit, s. u. V 2, S. 184/5). Ergibt aber die Beweisaufnahme, daß sich der Unfall im Potsdamer Bezirk (und nicht im benachbarten Gerichtsbezirk) ereignet hat, so spricht sich das Zwischenurteil (§ 275) lediglich über die Zuständigkeit aus und kann nur diese rechtskräftig feststellen. Zitate s. o. Note 23.

Es bedarf also prinzipiell keiner Rüge der Unzuständigkeit seitens des Beklagten, und diese Rüge ist, wenn sie erhoben wird, nicht das Vorbringen einer Einrede. Auch der Kläger kann in solchen Fällen auf die Unzuständigkeit aufmerksam machen. In Fällen, in denen es sich nicht um ausschließliche Zuständigkeit handelt, und in höherer Instanz sogar unter Umständen in solchen Fällen, in denen die Prorogation nicht möglich ist, wird allerdings die Unzuständigkeit als ein Prozeßmangel behandelt, dessen Geltendmachung dem Kläger verschlossen ist und der durch das Verhalten der Parteien oder aus anderen Gründen geheilt werden kann. In den sehr zahlreichen Fällen dieser Art (2) nimmt die Rüge der Unzuständigkeit den Charakter eines verzichtbaren Verteidigungsmittels an.[30]) Das Gesetz bezeichnet die Rüge unterschiedslos als „Einrede der Unzuständigkeit".[31])

Ist die Prozeßabweisung in der unteren Instanz unterblieben, so ist sie regelmäßig in der höheren Instanz von Amts wegen nachzuholen. Vorschriften, die eine Ausnahme von dieser Regel machen und letztere dadurch als solche bestätigen, sind sogleich (2) darzustellen. Keine Ausnahme von der Regel liegt darin, daß die höhere Instanz die Prozeßabweisung nicht mehr aussprechen kann, wenn durch ein rechtskräftiges Zwischenurteil (§ 275) die Zuständigkeit bejaht ist.[31a]) Hier bindet die Rechtskraft und hindert es, daß die Frage der Zuständigkeit anders entschieden werden kann (V).

2. Ausnahmen.

Die Fälle, in denen die Prüfung von Amts wegen ausgeschlossen ist oder die Prozeßabweisung trotz feststehenden Mangels der Zuständigkeit nur auf Antrag des Beklagten erfolgen darf oder ganz verboten ist, sind folgende.

a) Im landgerichtlichen Verfahren verlangt das Gesetz, daß der Beklagte alle „prozeßhindernden Einreden" (§ 274 II) gleichzeitig und vor der Verhandlung zur Hauptsache vorbringt. Verhandelt er in einem Falle, in dem die Prorogation möglich ist,[32]) ohne Geltendmachung der Un-

[29]) Ausnahmen von dieser Regel s. unter 2. — Bei der Regel verbleibt es auch in solchen Fällen, in denen Prorogation möglich ist, dann, wenn der Beklagte im Verhandlungstermin nicht erschienen ist, es sei denn, daß die Prorogation bereits in einem früheren Termin eingetreten war.

[30]) Auch in diesen Fällen ist die Rüge der Unzuständigkeit etwas anderes als der Gebrauch eines Prozeßeinrederechts in dem in Bd. 1 § 28 festgestellten Sinne eines gegen das konkrete Klagrecht gerichteten Gegenrechts. — Die Auffassung des Textes ist nur möglich auf Grund der unter III dargelegten Auffassung der Bedeutung der Unzuständigkeit.

[31]) § 275 II Nr. 1, § 504 I, vgl. o. § 67 a. E.

[31a]) Hat die erste Instanz die Klage als unbegründet abgewiesen und ergibt sich in der Berufungsinstanz die Unzuständigkeit des Gerichts und die Notwendigkeit ihrer Berücksichtigung, so darf nicht etwa die Berufung zurückgewiesen werden, weil die Klagabweisung sich (wenn auch nicht aus materiellen Gründen, so doch) aus der Unzuständigkeit rechtfertige. (So das in RG. 27 S. 400 mitgeteilte Urteil des OLG.) Vielmehr muß unter Aufhebung der sachlichen Entscheidung die Prozeßabweisung ausgesprochen werden. Vgl. auch o. Note 26.

[32]) Vgl. oben bei Note 17. Ist ein anderes Gericht ausschließlich zuständig,

zuständigkeit zur Hauptsache, so ist die Zuständigkeit unbedingt eingetreten. Bringt er nur eine andere „prozeßhindernde Einrede“ vor, versäumt er aber **schuldhaft**[33]) die gleichzeitige Rüge der Unzuständigkeit, so verliert er den Einwand.[34]) Bezüglich dessen, was bisher vor und von dem unzuständigen Gericht geschehen ist, ist also der Mangel, der in der Unzuständigkeit lag, geheilt, und für das, was noch zu geschehen hat, kann sie nicht geltend gemacht werden. Da hier der Mangel von Amts wegen nicht zu berücksichtigen ist, ist also die Zuständigkeit (für die Zukunft) eingetreten.[35])

Vor dem Amtsgericht besteht dieses Gebot der Gleichzeitigkeit des Vorbringens nicht (§ 504 I). Also behält der Beklagte trotz (erfolglosen) Vorbringens einer anderen prozeßhindernden Einrede oder einer sonstigen Prozeßrüge immer noch die Wahl zwischen der Geltendmachung der Unzuständigkeit und der Prorogation. Die Prorogationsmöglichkeit darf ihm nicht dadurch abgeschnitten werden, daß das Gericht, falls die Unzuständigkeit außer Zweifel steht, deshalb die Prozeßabweisung ohne weiteres ausspricht.

Niemals kann der Kläger, der ein unzuständiges Gericht, welches zuständig werden kann, angerufen hat, die Unzuständigkeit geltend machen. Er kann die Klage zurücknehmen (§ 271). Aber er kann nicht die Prozeßabweisung erzwingen.

b) In weit reichendem Maße hat das Gesetz die Möglichkeit abgeschnitten, daß in höherer Instanz die Entscheidung, welche von der unteren Instanz unter ausdrücklicher[36]) oder stillschweigender[37]) Verneinung der Unzuständigkeit gefällt ist, wegen Unzuständigkeit angefochten werden kann.

α) Hat ein Landgericht als Prozeßgericht erster Instanz ein Urteil gefällt,[38]) so kann dieses nicht deshalb mit der Berufung angefochten werden,

so muß die Prozeßabweisung in der ersten Instanz bedingungslos von Amts wegen jederzeit erfolgen. Verzicht und Verspätung der Rüge können sie nicht ausschließen. Ganz anders ist es in Beziehung auf örtliche Zuständigkeit im Strafprozesse (Note 16).

[33]) Hat der Beklagte die gleichzeitige Rüge ohne Verschulden versäumt, so kann er sie noch nachbringen, auch noch in zweiter Instanz (§§ 274 III, 528 I, 1).

[34]) § 274 I, III. Die Frage ist sehr streitig. a) Wach I 508 f. und Seuffert, Erl. 2 zu § 274 meinen, die Einrede der Unzuständigkeit könne durch den bloßen Verstoß gegen das Gebot des gleichzeitigen Vorbringens nicht verloren gehen, da die Zuständigkeit nur durch Verhandlung zur Hauptsache (§ 39) eintrete. Das ist gerade die Frage. Vgl. Note 30 a. E. Unterstützt wird unsere Ansicht durch § 528 I, 2 (Novelle), s. u. bei Note 41. b) Vereinzelt wird gelehrt, daß der bezeichnete Verstoß nur das Recht, abgesonderte Verhandlung zu verlangen (§ 275), untergehen lasse. Das verstößt gegen den Zweck des § 274 I und gegen die allgemeine Präklusionsvorschrift des § 230. — Wie hier wohl RG. in JWSchr. 1899 S. 32[13].

[35]) Es hat keinen Sinn, von der andauernden Unzuständigkeit des Gerichts zu sprechen, wenn dieses nunmehr zur Entscheidung berufen ist (III).

[36]) D. h. durch Fällung einer sachlichen Entscheidung unter Bejahung der Zuständigkeit oder durch Erlaß eines Zwischenurteils, welches die Einrede der Unzuständigkeit verwirft (§ 275 I, 504 III).

[37]) D. h. durch Fällung einer Entscheidung, die die Zuständigkeit nur zur Voraussetzung hat.

[38]) Nur auf diese Fälle bezieht sich nach seiner Stellung und aus sachlichen Gründen der § 10 ZPO., nicht aber auf die Fälle, in denen es sich um die Zuständigkeit nach der Art des Geschäfts handelt, also z. B. nicht auf den Fall, wenn

weil das Amtsgericht sachlich zuständig gewesen wäre (§ 10). Dies gilt schlechthin sowohl dann, wenn das Landgericht ein sachliches Endurteil gefällt hat, als auch dann, wenn es sich in einem Zwischenurteil (§ 275) für zuständig erklärt hat.

Auf den Fall, daß das unzuständige Landgericht ein Versäumnisurteil erlassen hat, bezieht sich diese Vorschrift nicht, weil ein solches Urteil schon durch die Einlegung des Einspruchs außer Kraft gesetzt wird. Wohl aber ist die Revision ausgeschlossen, wenn das Oberlandesgericht (als Berufungsgericht gegen ein die Unzuständigkeit aussprechendes Urteil) das Landgericht für zuständig erklärt hat.[38a])

β) Von gleicher Art wie diese Vorschrift ist die folgende. Hat sich das Oberlandesgericht in einer vermögensrechtlichen Streitigkeit mit Unrecht für örtlich zuständig erachtet, so kann sein Urteil deshalb nicht angefochten werden, und zwar auch dann nicht, wenn es sich um ausschließliche Zuständigkeit handelt.[39])

γ) Nicht so unbedingt, wie in den Fällen unter α, β, geht in folgendem Falle die Befugnis zur Rüge der Unzuständigkeit für die höhere Instanz verloren. Durch die Novelle von 1898 ist der Fall geregelt, daß ein anderes Gericht ausschließlich örtlich zuständig ist, das Gericht aber trotzdem die Prozeßabweisung nicht ausgesprochen hat. Handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit und hat der Beklagte in erster Instanz zur Hauptsache verhandelt, so darf

aa) das Berufungsgericht die Zuständigkeit nicht von Amts wegen prüfen, also niemals ohne einen Antrag des Beklagten die Prozeßabweisung aussprechen und, falls dieser Antrag gestellt ist, die zur Begründung der Zuständigkeit angeführten Tatsachen nicht auf ihre Richtigkeit nachprüfen, wenn sie zugestanden oder nicht bestritten sind.[40]) Die Rüge der Unzuständigkeit wird also in zweiter Instanz auch da, wo es sich um ausschließliche Zuständigkeit handelt, zum „verzichtbaren" Verteidigungsmittel.

bb) Die Nachholung der Rüge ist in zweiter Instanz nur zulässig, wenn der Beklagte glaubhaft macht, daß er ohne Verschulden außerstande gewesen ist, sie in erster Instanz geltend zu machen. Durch schuldhafte Unterlassung der Geltendmachung wird also die Rüge der Unzuständigkeit präkludiert: bei ausschließlicher Zuständigkeit erst durch den Schluß

---

das Landgericht eine Entmündigung ausgesprochen, ein Ausschlußurteil erlassen oder statt des als Vollstreckungsgericht zuständigen Amtsgerichts entschieden hätte. Vgl. u. § 106 V. Das RG. (18 S. 377, 37 S. 369) führt seine sachlich übereinstimmenden Entscheidungen auf die Ausschließlichkeit der amtsgerichtlichen Zuständigkeit (in derartigen Fällen) zurück. Richtig Gaupp-Stein, Erl. II zu § 10.

[38a]) So auch RG. 23 S. 430, JWSchr. 1896 S. 686 Nr. 3.

[39]) § 549 II (eingefügt durch die Novelle von 1905). In nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten bleibt es bei der Regel unter 1 (S. 179).

[40]) Anders ist es in der ersten Instanz, s. o. unter 1 a, α (bei Note 22).

der Verhandlung erster Instanz, bei Prorogationsmöglichkeit schon durch die Verletzung des Gebots der gleichzeitigen Rüge.[41])

Bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten bleibt es auch hier (aa, bb) bei der Regel.

Allen diesen Fällen (α—γ) ist gemeinsam, daß die Berücksichtigung der Unzuständigkeit des angerufenen erstinstanzlichen Gerichts ausgeschlossen oder beschränkt ist.

Die Vorschriften bedeuten nicht, daß das untere Gericht durch die Urteilsfällung zuständig geworden ist,[42]) sondern nur, daß der Verstoß gegen das Gebot, sich der Ausübung der (ihm zustehenden) Gerichtsgewalt zu enthalten, nicht gerügt werden kann. Die Verletzung des Prozeßgesetzes wird geheilt, nicht aber wird die Verletzung ungeschehen gemacht.

V. Die Bedeutung des Urteils über die Zuständigkeit.

1. Ist eine sachliche Entscheidung unter der ausdrücklichen oder stillschweigenden Annahme der Zuständigkeit gefällt, so ist die hierin enthaltene Feststellung der Rechtskraft nicht fähig, da die Zuständigkeit nur als Vorfrage bejaht ist (§ 322). Ist ein Zwischenurteil über die Zuständigkeit gefällt (§ 275), so hat es die Wirkung der Rechtskraft, aber als Zwischenurteil nur innerhalb dieses Prozesses, darüber hinaus ebensowenig, wie in dem zuerst behandelten Falle.

2. Wird wegen Unzuständigkeit die Prozeßabweisung durch Endurteil[43]) ausgesprochen, so stellt dieses rechtskräftig fest,[44]) daß dem angegangenen Gericht für diesen Prozeß zwischen diesen Parteien (und ihren Rechtsnachfolgern) die sachliche bzw. örtliche Zuständigkeit fehlt, solange nicht eine Änderung in den die Zuständigkeit begründenden Tatsachen eintritt.[45]) Wiederholt der Kläger dieselbe Klage bei demselben Gericht, so ist die verneinte Zuständigkeit nur dann von neuem zu prüfen, wenn sie auf Tatsachen

[41]) Vgl. o. bei und in Note 34.

[42]) In dieser Weise wollte die zweite Kommission in dem analogen, jetzt in § 528 I 2 geregelten Falle die Rechtslage konstruieren. In der Tat ist dies die einzige mögliche Auffassung, falls man die Unzuständigkeit als Mangel der Gerichtsgewalt ansieht. Vgl. o. Note 15 a.

[43]) Dieses ist nach der Regel nötig, s. o. S. 24. Nur die Verweisung des § 506 (an das Landgericht) geschieht durch Beschluß.

[44]) Die Frage ist sehr streitig und im ganzen erst in der Lehre vom Urteil zu behandeln. Natürlich können alle diejenigen, die das Wesen der (mit Unrecht) sog. materiellen Rechtskraft in der Einwirkung auf das materielle Rechtsverhältnis erblicken, nicht zu dem Satze des Textes gelangen.

[45]) Nicht etwa stellt das Urteil die Unwahrheit der Tatsache fest, mit der der Kläger die Zuständigkeit begründet hatte (z. B. der Verabredung des Erfüllungsorts, des Wohnsitzes des Beklagten). Es gibt keine Rechtskraft über Tatsachen außer über die Urkundenechtheit (§ 256). — Der Klage aus einem anderen Anspruch steht die Rechtskraft nicht entgegen, auch wenn für sie die Zuständigkeit auf denselben Grund (z. B. Wohnsitz) gestützt wird, wohl aber derselben Klage auch dann, wenn die Zuständigkeit auf einen anderen (nicht neu eingetretenen) Grund gestützt wird, so z. B. wenn die Zuständigkeit auf den Wohnsitz des Beklagten gegründet war und jetzt aus dem Erfüllungsort hergeleitet wird. Es ist Sache des Klägers, alle für die Zuständigkeit in Betracht kommenden Tatsachen anzuführen.

gestützt wird, die nach Schluß der letzten Tatsachenverhandlung eingetreten sind. Andere Gerichte sind (nur) an die Feststellung gebunden, daß das Gericht, das die Prozeßabweisung ausgesprochen hat, nicht zuständig sei.

a) Diesen Grundsatz setzt die Vorschrift voraus, daß das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht das zuständige Gericht zu bestimmen hat, wenn verschiedene Gerichte, von denen eines für den Rechtsstreit zuständig ist, sich „rechtskräftig" für unzuständig erklärt haben (ZPO. § 36 Nr. 6). Würde die von uns angenommene Rechtskraft fehlen, wäre es also möglich, das abweisende Gericht nochmals anzugehen, so wäre diese Vorschrift nicht nötig. Eine Durchbrechung der Rechtskraft liegt in § 36 Nr. 6 insofern, als das bestimmende höhere Gericht an die Rechtskraft nicht gebunden ist. Diese Ausnahme ist gemacht, damit dem Kläger die Rechtsverfolgung nicht abgeschnitten werde, wenn mit Unrecht die Abweisung erfolgt ist.[45a])

b) Nur eine Anwendung des aufgestellten Grundsatzes (nicht eine Ausnahme von dem von anderen verteidigten entgegengesetzten Prinzip) ist die Vorschrift des § 11 ZPO. Hat das Amtsgericht die Klage abgewiesen, weil es sachlich unzuständig sei, so ist das Landgericht, bei dem nun geklagt wird, an die Feststellung „gebunden", es muß sich also ohne weitere Prüfung für sachlich zuständig erachten.[46]) Dasselbe gilt umgekehrt, wenn das Landgericht abgewiesen hat.[47]) Das eine folgt aus dem anderen (u. § 97).

Diese Grundsätze gelten sowohl dann, wenn die Prozeßabweisung allein erfolgt, als auch dann, wenn mit ihr die Verweisung an das andere Gericht verbunden ist.[48]) Auch dann ist das Landgericht gebunden, wenn das Amtsgericht im Falle des § 506 den ganzen Prozeß durch Beschluß an sein Landgericht verwiesen hat, weil dieses sachlich zuständig sei. Denn nach § 506 II ist eine Anfechtung des Verweisungsbeschlusses ausgeschlossen.

c) Die Unzuständigkeitserklärung des Obersten Landesgerichts bindet das Reichsgericht.[49])

VI. Maßgebende Zeit.

Ist die Zuständigkeit zur Zeit der Klagerhebung vorhanden gewesen, so bleibt das Gericht zuständig. Es genügt, wenn die Zuständigkeit im Laufe des Prozesses eingetreten ist.[50])

[45a]) Vgl. u. § 105.

[46]) Auf den Grund, aus dem das abweisende Gericht sich für sachlich unzuständig erklärt hat, kommt es nicht an. Die Abweisung verneint die sachliche Zuständigkeit schlechthin und bindet in diesem Sinne das später angegangene Gericht. Vgl. Note 45 a. E. A. M. Struckmann-Koch, Erl. 8 zu § 11.

[47]) Der § 11 ist auch für anwendbar erklärt im Verhältnis der ordentlichen Gerichte zu den Gewerbegerichten (GGG. § 28), s. o. Bd. 1 § 14 III, 4 (Note 47/8).

[48]) ZPO. §§ 276, 505, vgl. u. § 97 IV.

[49]) EG. zur ZPO. § 7 III.

[50]) ZPO. § 263 II Nr. 2, vgl. näher o. § 67 I 1a.

§ 95.

1. Die Zuständigkeit nach der Art der Rechtsangelegenheit, insbesondere die Instanzengliederung (funktionelle Zuständigkeit).

I. Für die Aburteilung über die durch Klage anhängig zu machenden Rechtsstreitigkeiten (einschließlich aller Vorentscheidungen und der Erledigung der Zwischenstreitigkeiten) sind als „Prozeßgerichte“ erster Instanz zuständig die Amtsgerichte und die Landgerichte. Die Abgrenzung ihrer Zuständigkeit untereinander bestimmt sich nach den Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit.[1])

Zu den Aufgaben des Prozeßgerichts gehört auch das Verfahren zwecks Sicherung des Beweises (§ 486) und der Erlaß der Arrestbefehle und einstweiligen Verfügungen (§§ 919, 943), jedoch wahlweise neben dem Amtsgericht (der Zwangsbereitschaft), ferner auch die Tätigkeit, die den Gerichten in Beziehung auf das schiedsrichterliche Verfahren übertragen ist (§§ 1045, 1046).

Die Vollstreckung [2]) gehört nach der Gestaltung unseres Verfahrens nur ganz ausnahmsweise zur funktionellen Kompetenz der Prozeßgerichte (erster Instanz).[3])

II. Vor die Amtsgerichte gehört (außer den Klagsachen) funktionell

1. das Mahnverfahren (Erlaß des Zahlungs- und Vollstreckungsbefehls), (§§ 689, 699);

2. das Sühneversuchsverfahren (§§ 510, 609);

3. das Verfahren zwecks Sicherung des Beweises (§ 486);

4. der Erlaß von Arrestbefehlen und einstweiligen Verfügungen (§§ 919, 936, 942);

5. das Entmündigungsverfahren (Erlaß des Entmündigungsbeschlusses und seine Wiederaufhebung), §§ 645, 676, 680, 685;

6. das Aufgebotsverfahren (Erlaß des Ausschlußurteils), GVG. § 23, ZPO. § 946;

7. das Vollstreckungsverfahren, soweit es den Gerichten übertragen und nicht dem Prozeßgericht vorbehalten ist (§ 764, ZVG. § 1), insbesondere auch das Konkursverfahren (KO. § 71);

8. die Gewährung der Rechtshilfe (GVG. § 158).

In der freiwilligen Gerichtsbarkeit haben die Amtsgerichte eine sehr umfangreiche Tätigkeit, worauf hier nur hinzuweisen ist.[4])

---

[1]) Über den besonderen Gesichtspunkt, unter dem die Widerspruchsklagen zu betrachten sind, vgl. u. unter V.

[2]) Im engeren Sinne (vgl. o. Bd. 1 § 9 III, 1).

[3]) ZPO. §§ 887—890, vgl. II, 7.

[4]) Vgl. o. Bd. 1 § 12 II.

III. Die gerichtlichen Unterorgane.

1. Dem Gerichtsschreiber steht zu die Beurkundung (§§ 163, 315 III, 316 III, 496), die Erteilung der Zeugnisse über die Rechtskraft (§ 706), die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung (§§ 724, 730), die Besorgung der von Amts wegen zu bewirkenden Zustellungen (§ 209), insbesondere der öffentlichen Zustellungen (§ 204), die Ausfertigung der Urteile und Beschlüsse (§§ 317 III, 329, 377, 402), die Vermittlung der Parteiaufträge an den Gerichtsvollzieher (§§ 166, 168, 497, 501).

2. Dem Gerichtsvollzieher liegt ob die Ausführung der Zustellungen und der Vollstreckungen, soweit diese nicht den Gerichten übertragen ist.[5])

IV. Die Instanzengliederung der Gerichte ist folgende.

1. Zweite Instanz für die (ordentliche)[6]) Nachprüfung der Entscheidungen sind

a) für die Amtsgerichte: die Zivilkammern der vorgesetzten Landgerichte als Berufungs- und Beschwerdegerichte (GVG. § 71),[7]) in Rechtshilfesachen und in Sitzungspolizeisachen: das Oberlandesgericht (GVG. §§ 160, 183);

b) für die Zivil- und Handelskammern der Landgerichte (als erste Instanz): die Zivilsenate der Oberlandesgerichte als Berufungs- und Beschwerdegerichte (GVG. § 123 Nr. 1, 4);

c) für die Oberlandesgerichte (als erstmalig entscheidende Gerichte): die Zivilsenate des Reichsgerichts als Beschwerdegerichte (GVG. § 135 Nr. 2).

2. Dritte Instanz sind

a) für die Landgerichte (als Beschwerdegerichte): die Zivilsenate der Oberlandesgerichte (GVG. § 123 Nr. 4);[8])

b) für die Oberlandesgerichte (als Berufungsgerichte): die Zivilsenate des Reichsgerichts als Revisionsgerichte.[9])

c) Nach bisherigem Rechte war es möglich, gegen die von dem Oberlandesgericht als Beschwerdeinstanz erlassenen Entscheidungen die weitere Beschwerde an das Reichsgericht einzulegen. Dies ist durch den § 568 IV in der Fassung der Novelle vom 5. Juni 1905 beseitigt.

---

[5]) Über das Ganze (1, 2) vgl. o. § 82 II, § 84 I.

[6]) Gegensatz: Widerspruchsklagen (u. V).

[7]) Auch in Prozessen, die vor den Gewerbegerichten und Kaufmannsgerichten geführt werden (GGG. § 55, KaufmGG. § 16). — Auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit (auch in Grundbuchsachen) gehen die Beschwerden an das vorgesetzte Landgericht (hier zum Teil auch an die Handelskammer), FGG. § 19, GBO. § 73.

[8]) So auch in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (auch in Grundbuchsachen), jedoch mit der Besonderheit, daß das Oberlandesgericht die weitere Beschwerde dem Reichsgericht überlassen muß, wenn es bei der Auslegung einer reichsgesetzlichen Vorschrift von der Entscheidung eines anderen OLG. oder des RG. abweichen will (FGG. §§ 28, 30, GBO. § 79). Die Landesgesetzgebung kann unter mehreren OLG. einem einzigen von ihnen die Entscheidung über alle weiteren Beschwerden übertragen (FGG. § 199, GBO. § 102).

[9]) GVG. § 135 Nr. 1. — An die Stelle des Reichsgerichts kann als Revisions- und Beschwerdegericht ein Oberstes Landesgericht treten (EG. § 8 zum GVG.), vgl. o. Bd. 1 § 11 3–5.

Daß ein Gericht dem anderen im Instanzenweg übergeordnet ist, bedeutet, daß die Entscheidung der höheren Instanz in der konkreten Sache maßgebend ist, sei es, daß die Entscheidung der unteren Instanz abgeändert wird, sei es, daß unter Aufhebung derselben nur die für die weitere Behandlung der Angelegenheit maßgebenden rechtlichen Gesichtspunkte aufgestellt werden. Im übrigen ist das untere Gericht völlig selbständig und unabhängig. So haben auch die Entscheidungen des Reichsgerichts keine verbindliche Kraft in anderen Prozessen, in denen es sich um dieselbe (abstrakte) Rechtsfrage handelt.[10])

V. Nicht unter den Gesichtspunkt der sachlichen Zuständigkeit, sondern unter den der funktionellen Kompetenzbestimmung fallen auch die Vorschriften, welche die Anfechtung einer Entscheidung oder Vollstreckungsmaßregel in den außerordentlichen Weg der Klagerhebung verweisen. Die hierher gehörigen Fälle der Widerspruchsklagen sind in Band 1 § 62 I zusammengestellt und in § 62 II bezüglich ihres eigentümlichen Charakters gewürdigt.[11])

VI. Die Grundsätze über die funktionelle Zuständigkeit sind durchweg zwingend. Ausnahmen sind nicht gemacht.[12]) Eine Nichtigkeitsklage gegen die rechtskräftig gewordene Entscheidung kann auch hier nicht auf die Unzuständigkeit gestützt werden (§ 579).

2. Die sachliche Zuständigkeit der erstinstanzlichen Gerichte.[1])

§ 96.

a) Die maßgebenden Gesichtspunkte.

Bei der Frage, ob eine Klage vor dem Amtsgericht oder dem Landgericht zu erheben ist, ist von prinzipieller Bedeutung,

I. ob die Rechtsstreitigkeit eine vermögensrechtliche ist. Dies ist sie stets, wenn der „Anspruch", d. h. das den Prozeßgegenstand bildende Rechtsverhältnis, dem Vermögensrecht angehört.[2]) Dies ist nur dann und stets dann der

---

[10]) Auch ein Verschulden des Richters kann nicht schon darin gefunden werden, daß er die Ansicht des Reichsgerichts nicht befolgte.

[11]) Eine praktische Konsequenz s. o. § 94 [38] u. § 79 [10] (hinsichtlich des § 41 Nr. 6 ZPO.). Vgl. auch u. § 97 III.

[12]) Nur eine Modifikation enthält der § 879 II, insofern es den sämtlichen beteiligten Gläubigern erlaubt ist, die Zuständigkeit des Verteilungsgerichts (statt des Landgerichts) zu vereinbaren. Der § 39 kommt hier nicht in Betracht. Es ist wirkliche Vereinbarung nötig.

[1]) Wach I § 29, Planck I § 9, Schmidt § 44, Fitting § 13, Weismann I § 28, Struckmann-Koch 2 (zu §§ 23, 70 GVG.), Kommentare zu §§ 1—9 ZPO.

[2]) Die Kommentare behandeln diesen prozessual in mehrfacher Beziehung (§§ 20, 23, 40, 528 I 2, 547 Nr. 2, 549 II) wichtigen Begriff meistens ausführlicher bei der Erläuterung des § 20 (Gaupp-Stein auch zu § 1). Im allgemeinen vgl. o. Bd. 1 §§ 30—32.

Fall, wenn es dem Gebiete des wirtschaftlichen, mit Geld und Geldeswert rechnenden Lebens angehört, so daß sein Wert in Geld geschätzt werden kann. Vermögensrechte ohne Geldwert gibt es jedenfalls nach der Auffassung des Reichsprozeßrechts nicht.[3])

1. Zum Vermögensrecht gehören alle privatrechtlichen Verhältnisse, welche nicht den Familienstand und die persönliche Rechtsstellung betreffen.

a) Zu den rein familienrechtlichen Streitigkeiten gehören zweifellos alle die in § 606 I und §§ 640, 641 aufgeführten, aber nicht nur diese, sondern auch alle Prozesse über jene familienrechtlichen Verhältnisse, wenn die Parteien nicht die beiden Subjekte des streitigen Familienverhältnisses sind[4]), ferner die Prozesse über sonstige Verwandtschaftsverhältnisse oder Klagen, in denen ein Anspruch „auf Herstellung des dem familienrechtlichen Verhältnisse entsprechenden Zustandes" (BGB. § 194 II) gegen einen Dritten geltend gemacht wird.[5]) Nicht familienrechtlich sind die Streitigkeiten, welche Vermögensrechte betreffen, die auf Grund eines Familienverhältnisses entstehen.[6])

Auch das Rechtsverhältnis des Kindes zum außerehelichen Erzeuger (ZPO. § 644) gehört als ganzes dem Familienrecht an. Daß alle Ansprüche aus einem außerehelichen Beischlafe (GVG. § 23 Nr. 2 a. E.) dem Amtsgericht zugewiesen sind, steht dieser Auffassung nicht entgegen, noch weniger der Umstand, daß hauptsächlich die vermögensrechtlichen Ansprüche von Bedeutung sind, die auf Grund jenes Verhältnisses entstehen.[7])

b) Die persönliche Rechtsstellung betreffen alle Prozesse, welche über Persönlichkeitsrechte, über Ansprüche auf Unterlassung ihrer Beeinträchtigung oder auf Beseitigung einer eingetretenen Beeinträchtigung geführt werden, nicht aber Prozesse über Ersatz eines Vermögensschadens, der durch Verletzung eines Persönlichkeitsrechts entstanden ist, wie z. B. durch Verletzung der persönlichen Freiheit oder Integrität oder durch Verleumdung oder unlauteren Wettbewerb.[8])

Zur persönlichen Rechtsstellung gehört auch der Stand und der Name; und zwar nicht nur der bürgerliche (BGB. § 12), sondern auch der kauf-

---

[3]) RG. 10 S. 322. Die Meinung, daß es Schuldverhältnisse nicht vermögensrechtlichen Inhalts gibt (vgl. o. Bd. 1 § 30[25a]), steht in Widerspruch mit der Organisation des Prozesses. — Die Bestimmungen des GKG. § 10 (nur diese hat RG. 47 S. 413 im Auge) kommen für unsere Frage nicht in Betracht, wie schon der Abs. 2 des § 10 deutlich zeigt.

[4]) So z. B. die (als selbständige Klage oder als Inzidentfeststellungsklage erhobene) Klage des Ehemanns gegen einen Dritten auf Feststellung seiner Ehe, die Klage des Vaters gegen einen Dritten auf Feststellung des Kindesverhältnisses. Über die Zulässigkeit solcher Klagen s. o. Bd. 1 § 58 III 2, § 60 III 1.

[5]) So z. B. der Anspruch des elterlichen Gewalthabers oder des Vormundes auf Herausgabe des Kindes (§§ 1632, 1800), vgl. o. Bd. 1 § 30 II.

[6]) Vgl. o. Bd. 1 § 30 IV.

[7]) Persönliche Wirkungen s. in BGB. §§ 1310 III, 1719 f., 1723 f.

[8]) Vgl. o. Bd. 1 § 31 D (Note 96 f.).

männische. Daß das Firmenrecht vorzugsweise wirtschaftlichen Interessen dient, steht seiner nicht vermögensrechtlichen Natur nicht entgegen, wie es denn auch zweifellos nicht zur Konkursmasse gehört, obwohl das nicht besonders ausgenommen ist. Auch der gewöhnliche Name kann Vermögenswert haben. Auf den Inhalt des Rechts kommt es an, nicht aber auf die Interessen, die man mit seiner Geltendmachung verfolgen kann. Klage ich auf Herausgabe von Briefen, die mir gehören, so ist dies ein vermögensrechtlicher Streit, wenngleich ich die Herausgabe deshalb verlange, weil ich ihre Veröffentlichung verhindern will. Klage ich auf Verbot der Veröffentlichung von Briefen oder des eigenen Bildes, so ist die Streitigkeit eine nicht vermögensrechtliche, wenngleich ich die Verletzung des Persönlichkeitsrechts deshalb verhindern will, weil ich durch sie Vermögensschaden erleiden würde. Das Urheberrecht an veröffentlichten Schriftwerken ist ein Vermögensrecht, und die Klage aus ihm ist ohne Rücksicht auf den Grund, weshalb ich seine Verletzung nicht dulden will, eine vermögensrechtliche.[9])

2. Der abzuurteilende Prozeßgegenstand bestimmt sich nach dem Klagantrag.

a) Wird in der Klage das Bestehen eines nicht vermögensrechtlichen Rechtsverhältnisses behauptet, macht aber der Klagantrag nur ein Vermögensrecht geltend, das in jenem seinen Grund hat, so ist die Streitigkeit nur eine vermögensrechtliche.[10])

b) Macht aber der Klagantrag sowohl das nicht vermögensrechtliche Grundverhältnis als auch das aus ihm entspringende Vermögensrecht geltend, so liegt eine Häufung von Klagen verschiedenen Charakters vor.[11]) Ohne Bedeutung ist es, ob der Klagantrag so formuliert ist, daß die beiden Urteilsbitten nebeneinander gestellt werden, oder so, daß etwa beantragt wird, den Beklagten „unter Anerkennung der Ehelichkeit zur Herausgabe der Erbschaft zu verurteilen“.[12])

---

[9]) A. M. RG. in JWSchr. 1901 S. 65 [27], Gaupp-Stein, Erl. II zu § 1, Skonietzki-Gelpcke, Erl. 3 zu § 20 u. a. Richtig Seuffert, Erl. 2 zu § 20.

[10]) Die Entscheidung der Vorfrage ist der Rechtkraft nicht fähig (§ 322). — Über die Begriffe Grundverhältnis und Einzelberechtigung s. o. Bd. 1 § 30, III, IV.

[11]) So z. B., wenn das in einer Putativehe geborene Kind gegen den Großvater auf die Feststellung seiner Kindeseigenschaft und auf Herausgabe der Erbschaft des Vaters klagt, die der Beklagte unter Bestreitung der Ehelichkeit in Anspruch nimmt. (Solche Klagenverbindung ist in weitem Umfange in §§ 615 II, 633, 638, 640 II, 641 III verboten.)

[12]) A. M. Gaupp-Stein, Erl. II, 1 zu § 1, Erl. II zu § 2, der eine „selbständige“ Feststellungsklage verlangt. Nur das läßt sich sagen, daß es Pflicht des Richters ist, in Zweifelsfällen durch Ausübung des Fragerechts festzustellen, ob die Anführung des Grundverhältnisses lediglich dazu dienen soll, den Klagantrag näher zu bestimmen und nochmals zu motivieren. Daß die Worte „unter Anerkennung“ im Zweifel nicht die Bedeutung eines Antrags auf urteilsmäßige Bejahung der Vorfrage haben, ist zu bestreiten. Die Wirkung eines so formulierten Urteils ist jedenfalls die rechtskraftsfähige Entscheidung über die Vorfrage. Vgl. unten bei Note 19.

II. Ein weiterer Grund, der vielfach für die Bestimmung sachlicher Zuständigkeit maßgebend ist, ist der Wert des Prozeßgegenstandes.[13]) Die hierüber in ZPO. §§ 3—9 gegebenen Vorschriften sind auch in anderen Beziehungen von Bedeutung, so für die Zulässigkeit der Revision (§ 546), ferner in den Fällen der §§ 97 III, 709 Nr. 4, 866 III, mit einigen Abweichungen auch für die Berechnung der Gerichtskosten und der Anwaltsgebühren.[14])

1. Der Prozeßgegenstand (Anspruch, Streitgegenstand, Streitsache).

a) Prozeßgegenstand ist das vom Kläger behauptete oder negierte Rechtsverhältnis, soweit über dasselbe eine (**rechtskraftsfähige**) Entscheidung getroffen werden soll. Dies bestimmt sich nach dem Klagantrag.[14a]) Bei der Feststellungsklage ist es das nach dem Klagantrag als bestehend oder nicht bestehend festzustellende Rechtsverhältnis.[15]) Bei der Klage auf Rechtsgestaltung ist es das zwecks seiner Vollziehung geltend gemachte Recht auf Rechtsänderung, wobei für die Wertberechnung auf diese letztere zu sehen ist, so daß z. B. bei der Klage auf Erbunwürdigkeitserklärung der Wert der Erbschaft, deren Erwerb durch das die Anfechtung vollziehende Urteil rückgängig gemacht werden soll, bei der Klage auf Ausschließung eines Gesellschafters der Wert seines Geschäftsanteils maßgebend ist.[16]) Bei der Leistungsklage ist Prozeßgegenstand lediglich der behauptete Anspruch (auf Leistung) in dem Umfange, in dem nach dem Klagantrag die Verurteilung verlangt wird, bei Einklagung eines von mehreren Ansprüchen also nur der zur Aburteilung gestellte Anspruch,[17]) bei der Klage auf

---

[13]) Wach I § 31, Planck I § 10, Kommentare zu §§ 2—9, J. Schmidt, Wert des Streitgegenstandes (1884), Rittmann, Der Wert des Streitgegenstandes (1891). Die Judikatur ist außerordentlich groß. Sie betrifft vorzugsweise die Zulässigkeit der Revision.

[14]) GKG. § 9, GebO. f. RA. § 10. In nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist in dieser Beziehung ebenfalls ein Wert des Streitgegenstandes zugrunde zu legen (regelmäßig 2000 Mark).

[14a]) § 322 ZPO. Natürlich sind ebenso, wie bei dem Urteilstenor die Entscheidungsgründe, hier die in der Klage gemachten Angaben zur Auslegung des Klagantrags heranzuziehen, wenn dieser selbst nicht zweifelsfrei ist, so z. B. wenn er ohne nähere Angabe einfach auf Zahlung einer Summe (ohne nochmalige Bezeichnung des Schuldgrundes) oder schlechthin auf Herausgabe (zu Eigentum? zu Besitz? auf Grund des Eigentumsanspruchs? zum Gebrauch auf Grund Mietvertrags?) lautet.

[15]) Bei Klagen auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde (§ 256) ist für die Zuständigkeit maßgebend das Rechtsverhältnis, für das die Urkunde erheblich ist, vgl. o. Bd. 1 § 58 [15], [16], § 59 [19].

[16]) Weitere Beispiele s. o. Bd. 1 § 34 V. Bei Widerspruchsklagen (§§ 771, 879) ist das Widerspruchsrecht Prozeßgegenstand. Sein Wert bestimmt sich nach dem Wert der Rechtsgestaltung, die durch das Urteil ausgesprochen oder angeordnet werden soll. Vgl. z. B. u. Note 19.

[17]) Hat der Erbschaftsbesitzer aus der von ihm in Anspruch genommenen Erbschaft im Werte von 30000 Mark Gegenstände im Werte von 5000 Mark im Besitz und wird nur auf Herausgabe einer Sache im Werte von 300 Mark geklagt, so ist das Amtsgericht zuständig. Der „Erbschaftsanspruch" ist eben heute kein Gesamtanspruch in dem Sinne, in dem dies von der römischen hereditatis petitio mit Rück-

einen Teilbetrag nur die Teilforderung,[18]) bei Einklagung der aus dem Grundverhältnis entspringenden einzelnen Berechtigung nur diese, es sei denn, daß jenes durch Feststellungsklage zur Entscheidung gebracht wird, indem z. B. auf Feststellung des Erbrechts und auf Herausgabe von Erbschaftsgegenständen, auf Feststellung des Mietverhältnisses und auf Verurteilung zu einer Mietszahlung geklagt oder indem beantragt wird, unter Anerkennung des Eigentums zur Herausgabe der Sache oder zur Unterlassung einer Beeinträchtigung zu verurteilen.[19])

b) Lediglich der Klagantrag bestimmt den Prozeßgegenstand. Gleichgültig ist, wieviel dem Kläger zugesprochen wird, ob und inwieweit der Beklagte widerspricht, insbesondere ob und welche Einreden er vorbringt und ob er mit ihnen durchdringt.[20]) So hört also die Zuständigkeit des Landgerichts nicht damit auf, daß der Kläger, der auf 350 Mark geklagt hat, mit 100 Mark abzuweisen ist.[21]) Ebenso würde in solchem Falle das Amtsgericht nicht zuständig werden. Anders ist es, wenn der Kläger seine Klage teilweise zurücknimmt, weil die Zurücknahme bewirkt, daß die Klage insoweit als nicht erhoben anzusehen ist (§ 271 III). Danach kann der Kläger, der vor dem Amtsgericht auf 350 Mark geklagt hat, die Prozeßabweisung dadurch vermeiden, daß er die Klage wegen 50 Mark zurücknimmt; geschieht dies vor dem Landgericht, so ergibt sich seine Unzuständigkeit, wenn nach der Zurücknahme der verbleibende Streitgegenstand nicht vor die Landgerichte gehört.

---

sicht darauf, daß sie zur Entscheidung über das Erbrecht und über alle gegen den Beklagten begründeten Ansprüche führte, gesagt wird. Vgl. o. Bd. 1 § 31 [91] c. cit. Stellt der Beklagte durch Widerklage das Erbrecht zur Entscheidung, so gilt § 506.

[18]) So z. B. nicht nur, wenn er den anderen Teil später geltend machen will, sondern auch dann, wenn er den Restbetrag deshalb einklagt, weil die andere Teilforderung durch Aufrechnung getilgt ist, ja auch dann, wenn er in der Klage die Aufrechnungserklärung abgibt und auf den verbleibenden Rest klagt (a. M. Wach I S. 374 für das frühere Recht, indem er die Absetzungserklärung des Klägers als Zustimmung zu der von ihm antizipierten Kompensationseinrede des Beklagten auffaßt. Für das Recht des BGB. ist diese Ansicht nicht möglich. In der Österr. JN. § 55 ist sie sanktioniert). Anders aber ist es, wenn er auf Grund dieser Aufrechnung auf die Feststellung klagt, daß die Gegenforderung des Beklagten nicht (mehr) besteht. Tut er dies nicht, so wird rechtskraftsfähig nur über den Restbetrag der Klagforderung entschieden. Es gibt keine Klage auf Aufrechnung, sondern nur eine Klage unter Aufrechnung. Vgl. o. Bd. 1 § 35 I 2 II 2, b α.

[19]) Vgl. o. Note 11/12 und Bd. 1 §§ 31, 60, m. Anspruch u. Klagr. 411 [40]. Weitere Beispiele: Klage auf Erbunwürdigkeitserklärung (Wert 30000 Mark) und auf Herausgabe der im Besitz des Beklagten befindlichen Erbschaftsgegenstände (Wert 2000 Mark); Antrag, unter Verurteilung zur Wandlung (Wert 1000 Mark) zur Zurückzahlung der schon geleisteten Anzahlung (300 Mark) zu verurteilen.

[20]) So auch bei der Einrede der Anfechtung, Aufrechnung, Zurückbehaltung oder bei dem Antrag, die Beschränkung der Haftung vorzubehalten (auch im Falle BGB. §§ 1990,2). Vgl. RG. 54 S. 411. Der Prozeßgegenstand wird auch dadurch nicht verändert, daß der Kläger sogleich die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug oder nach Vorleistung (BGB. §§ 274, 322) beantragt.

[21]) Das Landgericht bleibt auch dann zuständig, wenn er selbst seinen Klagantrag auf einen Teil des Anspruchs einschränkt, etwa deshalb, weil er inzwischen befriedigt ist. Das ist Klagverzicht (im Sinne des § 306), vgl. unten § 125 I 36a.

Dasselbe gilt aus dem gleichen Grunde,[22]) wenn bezüglich eines von mehreren Ansprüchen die Prozeßabweisung erfolgt.[23])

Beispiele: Der Kläger klagt vor dem Landgericht wegen 200 Mark Darlehen und 150 Mark Wildschadenersatz. Wird wegen des letzteren Anspruchs auf Rüge des Beklagten die Prozeßabweisung ausgesprochen, so ist es so, als wenn wegen der 200 Mark allein die Klage erhoben wäre. Ebenso ist es, wenn bezüglich des einen Anspruchs wegen örtlicher Unzuständigkeit oder wegen Unzulässigkeit der Prozeßart oder wegen Mangels der Vertretungsmacht Prozeßabweisung erfolgt.[24])

Wird vor dem Amtsgericht der Prozeßgegenstand im Wege der Klagänderung oder Klagerweiterung (§ 268 Nr. 2, 3) oder der Inzidentfeststellungsklage (§ 280) so verändert, daß nun der Wert die amtsgerichtliche Zuständigkeit übersteigt, so hört dadurch die amtsgerichtliche Zuständigkeit auf.[25])

c) Entscheidend ist nach ZPO. § 4 I 1 lediglich der Wert zur Zeit der Klagerhebung; also bei der den Prozeß eröffnenden Klage der Wert zur Zeit der Zustellung der Klagschrift,[26]) bei der im Laufe des Prozesses erfolgenden Erhebung eines Anspruchs aber der Wert zur Zeit der mündlichen Verhandlung, in der die Erhebung erfolgt (§ 281). Steigt oder fällt der Wert des (unverändert gebliebenen) Prozeßgegenstandes (z. B. durch Veränderung des Börsen- oder Marktpreises), so ist dies für die Zuständigkeitsfrage ohne jede Bedeutung.[27]) Ebenso ist es ohne Einfluß auf die Zuständigkeit, wenn die getrennte Verhandlung über die in einer Klage geltend gemachten Ansprüche (§ 145) oder die gleichzeitige Verhandlung über getrennt erhobene Klagen (§ 147) angeordnet oder wenn durch Teilurteil über einen der Ansprüche oder über einen Teil des Anspruchs früher entschieden wird, als über den Rest (§ 301).

---

[22]) Vgl. o. § 66 [15].

[23]) Nicht aber, wenn die Klage teilweise als unzulässig abgewiesen wird, also z. B., wenn nur bezüglich des einen Anspruchs der Rechtsweg unzulässig oder die Einrede des Schiedsvertrags begründet ist oder der klagenden Ehefrau die Zustimmung des Ehemanns (BGB. § 1400 II) fehlt oder das Feststellungsinteresse mangelt. In solchen Fällen ergeht nicht Prozeßabweisung, sondern der Kläger unterliegt (wenn auch nicht zur Hauptsache). Hier zeigt sich die praktische Bedeutung der Unterscheidung der Prozeßvoraussetzungen und der prozessualen Klagvoraussetzungen, s. o. § 66 S. 15, 16.

[24]) Für die Fälle des § 260 (Unzulässigkeit der Klagenverbindung) ist das Gesagte allgemein anerkannt.

[25]) Hierauf beruhen die in § 97 IV darzustellenden Vorschriften des § 506.

[26]) Nicht etwa der Zeitpunkt der Einreichung der Klagschrift. Das kann zur Prozeßabweisung führen, wenn in der Zwischenzeit (bis zur Zustellung) der Wert steigt oder fällt. Vergeblich wurde in der Kommission zur Beratung der Novelle von 1898 (Hahn 25) beantragt, die Zeit der Einreichung maßgebend sein zu lassen. — Ganz andere Bedeutung hat es, wenn auf die eingeklagte Summe (350 Mark) in der Zwischenzeit 100 Mark gezahlt werden. Dadurch verändert sich nicht der Wert des Prozeßgegenstandes, sondern der Umfang der Begründung des Anspruchs. Für die Zuständigkeit hat dies keine Bedeutung. Der Kläger erleidet auch keinen Schaden, falls er nicht etwa den Versuch macht, die Klage in vollem Umfange durchzusetzen. Vgl. o. Bd. 1 § 29 [37].

[27]) Der § 4 I 1 ZPO. hat selbständige Bedeutung neben § 263 II Nr. 2. Hätten wir allein die letztere Bestimmung, so wäre zwar nicht das Sinken des Wertes, wohl aber sein Steigen von Bedeutung (s. o. § 67, I, 1).

2. Alles, was über den Prozeßgegenstand der Klage gesagt wurde (1), gilt entsprechend auch bei der Widerklage. Die sachliche Zuständigkeit für diese ist selbständig zu beurteilen. Der Prozeßgegenstand der Widerklage ist nicht etwa mit dem der Vorklage zusammen als einheitlicher Prozeßgegenstand zu behandeln;[28]) der ganze Prozeß bleibt also beim Amtsgericht, wenn nur jede der beiden Klagen einzeln nicht mehr als je 300 Mark betrifft. Ist die Vorklage beim Landgericht erhoben, so hat dieses die sachliche Kompetenz auch für eine solche Widerklage, die als Einzelklage vor das Amtsgericht gehören würde.[29])

3. Werden in einer Klage (oder in einer Widerklage) mehrere Ansprüche (im prozessualen Sinne) verfolgt, so werden prinzipiell die Werte der mehreren Prozeßgegenstände zusammengerechnet (§ 5). Dies gilt sowohl bei objektiver Klagenhäufung (§ 260), als auch dann, wenn mehrere Streitgenossen wegen verschiedener Ansprüche geklagt haben oder verklagt sind (§§ 59, 60). Sonach ist das Landgericht infolge dieser Vorschrift auch dann zuständig, wenn es für jeden der einzeln geltend gemachten Ansprüche unzuständig wäre, und das Amtsgericht kann nicht angegangen werden, wenn z. B. der Kläger in einer Klage wegen 200 Mark Darlehen und 150 Mark Kaufgeld klagen will.[30])

a) Die Zusammenrechnung der Ansprüche findet jedoch nicht unbedingt statt. Sie setzt vielmehr voraus,[31]) daß die mehreren Ansprüche nicht nur juristisch, sondern auch wirtschaftlich eine selbständige Bedeutung haben. Demnach findet sie nicht statt,

α) wenn die Mehrheit der abzuurteilenden Rechtsverhältnisse sich **lediglich** daraus ergibt, daß mehrere Berechtigte zusammen geklagt haben oder daß die Klage gegen mehrere Streitgenossen gerichtet ist.

Dahin gehört die Klage von Gesamtgläubigern oder gegen Gesamtschuldner, die Klage von mehreren Anfechtungsberechtigten auf Erbunwürdigkeitserklärung oder von mehreren Gesellschaftern auf Ausschließung des Beklagten,[32]) die Klage auf Feststellung des Eigentums, erhoben gegen mehrere Personen, die es bestreiten. — Dagegen ist Zusammenrechnung geboten, wenn zwei Gläubiger wegen zwei verschiedener Forderungen die Anfechtungsklage erheben; und das Landgericht ist zuständig, wenn vier Miteigentümer klagen, deren „Bruchteile“ oder „Anteile“ einen Wert von je 100 Mark haben.

---

[28]) § 5²: „Eine Zusammenrechnung des Gegenstandes der Klage und der Widerklage findet nicht statt.“ Was hier verneint ist, gilt in der Tat für die Gerichtskosten und Anwaltsgebühren, soweit Klage und Widerklage verschiedene Prozeßgegenstände betreffen (GKG. § 11).

[29]) Dies folgt aus § 506, s. u. 97 II, 3 b. Sachliche Kompetenz des Landgerichts aus dem Gesichtspunkt des Zusammenhangs findet sich ferner im Fall des § 280 und des § 879. Vgl. u. S. 207, 268 f.

[30]) Mit den Gründen, die für die Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit maßgebend waren (o. § 94¹¹), steht diese mechanische Zusammenrechnung nicht im Einklang.

[31]) Über die Behandlung der Klagenhäufung vgl. Wach I 379 f., Kommentare zu §§ 3—5 und zu § 260.

[32]) Hier konkurrieren mehrere Gestaltungsberechtigte; das Recht eines jeden

β) Nicht zusammengerechnet wird in allen Fällen, in denen unter denselben Parteien konkurrierende Ansprüche geltend gemacht werden, mag es sich um einfache oder um alternative Anspruchskonkurrenz handeln.[33]) Hat bei letzterer der eine der beiden Ansprüche einen höheren Wert als der andere, so ist der höhere maßgebend.[34]) Der Grund für die Nichtzusammenrechnung ist, daß der Kläger zwar mehrere Ansprüche geltend macht und möglicherweise festgestellt erhält, aber stets nur die Möglichkeit der Beitreibung einer Leistung erlangen will und erlangen kann. Wirtschaftlich handelt es sich also hier ebenso wie bei subjektiver Anspruchskonkurrenz (α) nur um einen Aktivposten bzw. einen Passivposten.

Aus demselben Grunde ist Zusammenrechnung ausgeschlossen, wenn der Kläger mehrere objektiv miteinander konkurrierende Gestaltungsrechte eingeklagt hat.[35])

γ) Man muß aber weiter gehen und die Zusammenrechnung auch da ablehnen, wo der Kläger zwar ganz verschiedenartige Rechte geltend macht, jedoch nur einen Zweck verfolgt, so bei der Klage aus der persönlichen Schuld in Verbindung mit der Pfand- oder hypothekarischen Klage oder mit der Klage aus der zur Sicherung gegebenen Grundschuld (auch dann, wenn die Beklagten verschieden sind) oder bei einer Klage, in der prinzipaliter auf Feststellung der Richtigkeit eines Kaufs (auf Grund der Anfechtung), eventuell aber auf Wandelung oder Minderung geklagt wird, oder bei der Klage auf Feststellung des Erbrechts, wenn dieses prinzipaliter aus Erbvertrag, eventuell aber aus Testament oder Verwandtschaft abgeleitet wird.[36])

δ) Für die Zuständigkeit liegt nur ein Streitwert vor, wenn ein umfassenderes Rechtsverhältnis zum Prozeßgegenstand gemacht ist und daneben eine einzelne Berechtigung, die sich aus seinem Bestehen oder Nichtbestehen ergibt, aber nicht als ein selbständiger wirtschaftlicher Wert er-

---

von ihnen ist selbständig, aber es geht auf dasselbe Ziel: einmalige Herbeiführung der Rechtsänderung. Vgl. o. Bd. 1 § 37 III 3 (Note 21).

[33]) So bei der Wahlobligation und wenn neben dem prinzipalen Anspruch (z. B. auf Herausgabe einer Sache im Wert von 300 Mark) der bedingte Anspruch auf Schadensersatz (400 Mk.) geltend gemacht wird. (Eine bedingte Klage gibt es nicht.) Ausführlicher ist hierüber o. Bd. 1 § 38 II, 2, § 57 III, 4 gehandelt. — Hat der Schuldner bei alternativer Obligation die Wahl, so wird in der Judikatur des RG. (vgl. 55 S. 81 c. cit.) bei der Berechnung der Revisionssumme nur die geringwertigere Leistung berücksichtigt. Für die Zuständigkeitsbestimmung scheint mir dies jedenfalls nicht zutreffend. Die Kommentare zu § 5 stimmen dem RG. zu, nur mit Einschränkungen (Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit) Seuffert, Erl. 1 zu § 3. Anders ist es bei einer facultas alternativa des Beklagten.

[34]) Diese Begriffe sind bereits o. Bd. 1 §§ 38,9 (vgl. die bersicht in § 38 I) dargelegt und gerechtfertigt. Bei bloßer Gesetzeskonkurrenz entfällt selbstverständlich die Möglichkeit der Zusammenrechnung, vgl. o. Bd. 1 § 37 IV, 4 a. E. und § 38 III. [35]) Über diese Form der Konkurrenz der Rechte s. o. Bd. 1 § 37 II, 2.

[36]) Über diese Verschiedenheit der Erbrechte (nach dem Berufungsgrund) s. o. Bd. 1 § 37 III.

[37]) Im Gegensatz zu den Fällen unter b. Klage ich auf Zahlung des Kapitals von 300 Mark und auf 50 Mark rückständige Zinsen, so erweitert sich der Hauptanspruch durch den Zuwachs der Zinsenforderung, und der Wert ist zweifellos 350 Mark, so

scheint,[37]) so wenn auf Erbunwürdigkeitserklärung und auf Herausgabe der Erbschaft, auf Feststellung des Eigentums und auf Herausgabe oder auf Unterlassung der Beeinträchtigung, auf Feststellung des Erbrechts und auf Herausgabe des Erbscheins und der Erbschaft,[38]) auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrags und auf Rückzahlung des Kaufpreises, auf Feststellung des Mietverhältnisses und auf Einräumung der Wohnung geklagt wird.[39])

b) Eine positive Ausnahme von der Regel des § 5 [1] macht § 4 I 2 mit der Vorschrift,[40]) daß Früchte, Nutzungen, Zinsen,[41]) Schäden[42]) und Kosten[43]) bei der Berechnung des Streitgegenstandes unberücksichtigt bleiben, „wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden", d. h.[44]) neben dem Anspruch auf die Hauptleistung, so daß jene Forderungen nur als Erweiterung des eingeklagten Hauptanspruchs zu betrachten sind, von dessen Bestehen ihr Entstehen und von dessen Durchsetzung (in diesem Prozeß) ihre Durchsetzung abhängig ist.[45]) Gleichgültig ist, ob diese Neben-

---

daß es als eine Singularität erscheint, wenn für die sachliche Zuständigkeit trotzdem nur 300 Mark in Ansatz kommen (§ 4 I 2). Klage ich aber auf Feststellung meines Eigentums an einer Sache, die 300 Mark wert ist, und auf ihre Herausgabe, so erscheint der Eigentumsanspruch nur als ein Hilfsanspruch für den Schutz des Eigentums, und es ist deshalb selbstverständlich, daß als Wert nicht 300 + 300 Mk. angesetzt werden können. Ebenso ist der „Erbschaftsanspruch" nur das Mittel, um das Erbrecht praktisch durchzusetzen.

[38]) Auch dann wird der Streitwert nicht erhöht, wenn auf vorherige Rechnungslegung und Leistung des Offenbarungseides geklagt ist (§ 254). A. M. Gaupp-Stein zu § 5.

[39]) Die Praxis des RG. schwankt. Überwiegend scheint der richtige Gesichtspunkt beachtet zu sein. Nachweise in den Kommentaren, besonders bei Skonietzki-Gelpcke, Erl. 2 b zu § 5.

[40]) Der § 4 I 2 bezieht sich nicht nur auf die Nebenforderungen, die nach dem Prozeßbeginn entstehen. Deshalb ist die Stellung der Vorschrift systematisch verfehlt. Sie gehört hinter die Regeln der §§ 4, 5.

[41]) Die Nutzungen des § 100 BGB. umfassen auch die Früchte (einschließlich der Vertragszinsen und gesetzlichen Zinsen).

[42]) Sowohl der positive Schaden, wie der entgangene Gewinn, so die Wertminderung der herauszugebenden Sache (BGB. §§ 989 f., 292), Schadensersatz wegen Unterlassung der rechtzeitigen Erfüllung u. Vertragsstrafen (neben der Erfüllung), ferner die dem Wechselgläubiger zustehende Provision, Lagergelder, Futterkosten bei der Wandelung (so jetzt RG. 52 Nr. 44), Leihgebühr für zurückzugebende leere Fässer oder Säcke, die Prozeßkosten, die dem unterlegenen Käufer erwachsen sind und gegen den Verkäufer als Nebenforderung der Gewährleistungsforderung verfolgt werden (RG. 55 S. 82).

[43]) Nicht nur die Prozeßkosten, sondern auch die außergerichtlichen Kosten der Rechtsverfolgung (z. B. Kosten der Mahnung, Kündigung, des Wechselprotestes). Andere Kosten fallen unter den Gesichtspunkt der Schäden (Note 42).

[44]) Der Kläger muß sich entscheiden, ob das Amtsgericht oder das Landgericht anzurufen ist. Bei Zweifelhaftigkeit des Wertes ist diese Entscheidung schwierig und mit großer Gefahr verbunden. Müßten jene Nebenforderungen berücksichtigt werden, so würde die Zuständigkeit noch weit zweifelhafter und die Gefahr eines Mißgriffs noch weit größer sein, als sie jetzt schon sind. Darauf beruht die Ausnahmevorschrift des § 4 I 2 und von diesem Gesichtspunkte aus muß sie ausgelegt werden.

[45]) Die Abhängigkeit fehlt, wenn der Geschäftsbesorger, der Hauptgeld und Zinsen bezahlt hat (ohne dem Gläubiger gegenüber zur Zahlung verpflichtet zu sein, s. Note 49), gegen den befreiten Schuldner auf Auslagenersatz klagt, wenn die condictio indebiti auf Hauptgeld und bezahlte Zinsen gerichtet wird (RG. 10 S. 345; anders, aber nur in Beziehung auf den Antrag des § 717 II, RG. 9 S. 410), wenn

forderungen für die Zeit vor dem Prozeß oder während der Rechtshängigkeit oder für beide Zeiten verlangt worden. Ohne Bedeutung ist es, ob die Nebenforderungen von vornherein eingeklagt sind oder erst im Wege der Klagerweiterung (§ 268 Nr. 2) geltend gemacht werden,[46]) gleichgültig auch, ob die Klage auf Verurteilung oder auf bloße Feststellung geht oder ob sie ein Pfandrecht oder Widerspruchsrecht (z. B. §§ 771, 805, 879) oder Anfechtungsrecht[47]) wegen Haupt- und Nebenforderung geltend macht, gleichgültig endlich, ob die Nebenforderung (z. B. wegen Verminderung des Wertes der vindizierten Sache) für sich allein zur Zuständigkeit eines anderen Gerichts gehören würde.

Durch die Novelle von 1898 ist in dem zu § 4 hinzugesetzten Absatz 2 bestimmt, daß bei Ansprüchen aus Wechseln im Sinne der WO. Zinsen, Kosten und Provisionen, welche außer der Wechselsumme gefordert werden, schlechthin außer Berücksichtigung bleiben, also auch dann, wenn sie von dem Indossanten nicht als ihm gegenüber entstanden, sondern deshalb gefordert werden, weil er sie bei der Einlösung des Wechsels seinem Nachmann hat zahlen müssen.[48]) Hat der Bürge dem Gläubiger außer dem Hauptgeld auch Zinsen und die Kosten bezahlt, die diesem durch den Prozeß gegen den Schuldner erwachsen sind (BGB. § 767 II), so ergibt sich die Nichtberücksichtigung dieser Zinsen und Kosten bei der Berechnung des Streitgegenstandes im Prozesse des Bürgen daraus, daß die Forderung des Gläubigers auf den Bürgen übergegangen ist, daß beim Gläubiger aber die Zinsen- und Kostenforderungen zweifellos Nebenforderungen waren.[49]) Dasselbe gilt, wenn ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt hat.[50])

c) Wird in einer Klage neben einem Anspruch, für den das Gericht ohne Rücksicht auf den Wert zuständig ist (GVG. § 23 Nr. 2, § 70) ein solcher erhoben, bei dem der Wert in Betracht kommt, so ist für die Frage der Zuständigkeit für den zweiten Anspruch nur dessen Wert zu berücksichtigen. Sind mehrere Ansprüche der zweiten Art erhoben, so werden nur sie zusammengerechnet.[51])

---

der Rest einer Hauptforderung und rückständige Zinsen von dem bereits gezahlten Betrag gefordert werden (RG. 19 S. 416).

[46]) Anders ist es, wenn vor dem Amtsgericht im Wege des § 268 Nr. 3 statt des ursprünglichen Gegenstandes das mehr als 300 Mark übersteigende Interesse verlangt wird. Hier hilft der § 506 (s. u. S. 209).

[47]) A. M. ohne Grund RG. bei Bolze 4 320 1077 und die Kommentare zu § 4 gegen Wach I 384 58. Erhebt der Gläubiger auf Grund der Verurteilung zur Zahlung von 280 Mark nebst rückständigen und laufenden Zinsen die Anfechtungsklage, so würde nach Ansicht der Gegner die Zuständigkeit davon abhängen, wie hoch zur Zeit der Klagerhebung der Zinsenrückstand wäre.

[48]) Damit wurde die entgegengesetzte Rechtsauffassung (RG. 32 S. 77) reprobiert.

[49]) BGB. § 774. Aus diesem Grunde erscheinen jene Forderungen als Nebenforderungen. Im Ergebnis übereinstimmend RG. 56 S. 257 (im Gegensatz zu 32 S. 77, wo die Auffassung vertreten wurde, daß Hauptgeld und Zinsen, die der Bürge an den Gläubiger gezahlt hat, zusammenzurechnen sind).

[50]) BGB. § 426 II. Skonietzki-Gelpcke, Erl. 8 zu § 4 wollen den Grundsatz des § 4 II „sinngemäß“ auch auf unsere Fälle anwenden.

4. Die ziffernmäßige Bestimmung des Wertes des Streitgegenstandes (a, b) geschieht nach dem Wert, den das streitige Recht[52]) oder Rechtsverhältnis nach allgemeiner Wertschätzung für die Beteiligten hat (sog. Verkehrswert). Außer Betracht bleibt nicht nur das Affektionsinteresse, sondern auch der Geldschaden, den der Kläger erleiden wird, wenn die eingeklagte Leistung nicht gemacht werden sollte,[53]) oder der Schaden, den der Beklagte durch besondere Umstände erleidet, wenn er unterliegt.[54]) Soweit der Anspruch nicht auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet ist und das Gesetz keine besonderen Vorschriften gibt (b), hat das Gericht den Wert nach freiem Ermessen festzusetzen; es kann, wenn es dies für nötig erachtet, von Amts wegen die Einnahme des Augenscheins und die Begutachtung durch Sachverständige und auf Antrag noch andere Beweisaufnahmen anordnen (§ 3). Wird zweiseitig verhandelt, so hat das Gericht keine Veranlassung, nach dem Werte mit Rücksicht auf die Zuständigkeit zu fragen, da diese bezüglich des Wertes niemals eine ausschließliche ist. Hat der Kläger einen bestimmten Wert behauptet, so gelten die Tatsachen, aus denen er abgeleitet wird, als zugestanden (auch dann, wenn der Beklagte nicht erschienen ist).[55])

Das freie Ermessen des Gerichts ist durch eine Reihe von besonderen Vorschriften beschränkt, durch welche Zweifel über die Zuständigkeit ausgeschlossen werden sollen.

a) „Der Wert der Sache ist maßgebend, wenn deren Besitz Gegenstand des Streites ist" (§ 6). Dies gilt, mag auf Feststellung des Besitzverhältnisses oder auf Herausgabe einer Sache zwecks Wiedererlangung des durch Eigenmacht (BGB. § 861) oder in anderer Weise verlorenen Besitzes[56]) oder auf Verbot der Entziehung[57]) oder auf Gestattung der Aufsuchung und

---

[51]) Dies ist allgemein anerkannt, obwohl es im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt ist. (Vgl. Planck I 40[23], Wach I 381[39].) So ist das Amtsgericht zuständig, wenn zugleich geklagt wird 1. auf 300 Mark Wildschaden und 2. auf 300 Mark Darlehen. Das Landgericht ist, wenn vor ihm gegen einen Beamten aus § 839 BGB. (GVG. § 70 II, III) geklagt wird, nicht zuständig wegen einer außerdem eingeklagten Kaufgeldforderung von 300 Mark. Vgl. dazu u. § 97 II, 3b γ.

[52]) Wird auf Lieferung der um 1000 Mark gekauften Sache geklagt, die einen Wert von 900 Mark hat, so ist dieser maßgebend.

[53]) So z. B., wenn der Kläger, falls er die Sache, die 200 Mark wert ist, nicht rechtzeitig erlangt, in eine Vertragsstrafe von 500 Mark verfallen wird.

[54]) So z. B., wenn der Beklagte eine Stellung mit einem Gehalt von 1000 Mark angenommen hat und, wenn er sie antreten muß, an der Annahme einer weit lohnenderen Stellung verhindert wird. — Von dem Prinzip des Textes gilt eine Ausnahme im Falle c.

[55]) Vgl. näher o. § 94[23]. Eine Prozeßabweisung kann auch dann nötig werden, wenn der Beklagte säumig ist, so z. B. wenn der Kläger das Pfandrecht an einer Sache, die nach seiner (als richtig anzunehmenden) Angabe 400 Mark wert ist, wegen einer Forderung von 290 Mark geltend macht (§ 6, vgl. unter b).

[56]) BGB. § 1007. Vgl. dazu o. Bd. 1 § 31 Note 64/5, 73, 75.

[57]) Vgl. dazu o. Bd. 1 § 31[45], § 57 III, [14]. Die Klagen wegen bewirkter oder drohender sonstiger Störung des Besitzes (z. B. durch eigenmächtiges Fahren über das Grundstück) fallen nicht unter § 6 ZPO. Ebenso nicht die Klage aus § 1029 BGB.

Abholung (§ 867) geklagt sein. Gleichgültig ist, in welcher Beziehung der Kläger zu der Sache steht, so auch, ob er als Oberbesitzer gegen den Unterbesitzer oder gegen Dritte klagt oder ob der Unterbesitzer die ihm nach heutigem Recht ganz zweifellos zustehenden Besitzansprüche gegen Dritte oder gegen den Oberbesitzer geltend macht. Für alle diese Fälle schneidet das Gesetz hinsichtlich der Zuständigkeitsfrage die Zweifel ab, ob der Sachwert sich von dem Besitzwert unterscheidet. Der volle Sachwert ist in solchem Streit um den Besitz geradeso maßgebend, wie wenn auf Grund von dinglichen Ansprüchen auf Herausgabe der Sache geklagt wird.[58])[59])

Nicht der Sachwert ist maßgebend, wenn auf Einräumung des Besitzes zwecks Vertragserfüllung (Gewährung des Gebrauchs) geklagt wird, so z. B. vom Entleiher oder vom Mieter (arg. § 8) oder vom Gläubiger, dem Sicherstellung versprochen ist; ebenso nicht, wenn der Vermieter oder Verpfänder den Streit darüber, ob das Mietverhältnis oder das Pfandrecht beendigt ist, durch Klage (= actio locati, actio pigneraticia directa) zum Austrag bringt;[60]) wohl aber ist er maßgebend, wenn der Besitzanspruch geltend gemacht wird, der dem Oberbesitzer nach der Beendigung des Besitzmittlerverhältnisses gegen den Unterbesitzer zusteht.[61])

b) Der Betrag einer Forderung ist entscheidend, „wenn deren Sicherstellung oder ein Pfandrecht Gegenstand des Streites ist", so jedoch, daß der Gegenstand des Pfandrechts maßgebend ist, wenn er einen geringeren Wert hat.[62]) Pfandrecht ist nicht in dem engen Sinne zu nehmen, in dem das BGB. den Ausdruck versteht. Auch die Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld gehören hierher, ebenso die Vormerkung solcher Rechte. Auf Klagen, in denen ein Vorzugsrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht wegen einer befriedigungsbedürftigen Forderung den Prozeßgegenstand bildet,[63])

---

[58]) Auch bei diesen wird um den Besitz gestritten. Das Urteil über den Eigentumsanspruch oder die ihm entsprechenden Ansprüche der §§ 1065, 1227 entscheidet nicht über das Eigentumsrecht. (Unter der Annahme des Gegenteils ist a. M. Wach I 586[55].) Daß in solchen Fällen der Sachwert entscheidet, ist wohl in § 6 ZPO. nicht gesagt, sondern als ebenso selbstverständlich vorausgesetzt wie für die Fälle, wo auf Übereignung geklagt wird. Anders ist es bei der Klage, durch welche das Pfandrecht (zwecks Erlangung der Befriedigung aus dem Pfand) z. B. von dem Vermieter bezüglich der eingebrachten Sachen geltend gemacht wird, auf Grund der besonderen Bestimmung in § 6. Klagt aber der Pfandbesitzer aus § 1227 BGB. gegen einen Beklagten, an den er den Pfandbesitz verloren hat, so dürfte der Sachwert geradeso maßgebend sein, wie wenn er aus BGB. § 861 oder § 1007 klagt.

[59]) Auf die Klage auf Vorlegung einer Sache (BGB. §§ 809, 810) oder auf Herausgabe einer Urkunde bezieht sich der § 6 nicht. Es bleibt bei der Regel des § 3.

[60]) Arg. § 6 („Pfandrecht") und § 8. Vgl. u. unter b und d.

[61]) Im Grundgedanken wohl übereinstimmend Wach I 385/6 (für das alte Recht!), Seuffert, Erl. 2 zu § 6. Abweichend die übrigen Kommentare. So will Gaupp-Stein, Erl. I zu § 6 unter § 6 auch die Klage auf Herausgabe zum Gebrauch bringen.

[62]) ZPO. § 6. Ohne Bedeutung ist es, wenn der Gegenstand mit vorgehenden Pfandrechten belastet ist. A. M. Seuffert, Erl. 3 zu § 6.

[63]) Z. B. im Falle des § 1003 BGB. und des § 49[1] Nr. 3, 4 KO., aber auch da, wo das Zurückbehaltungsrecht im Konkursfalle nicht als Absonderungsrecht

auf die Anfechtungsklage eines Gläubigers (zwecks Befriedigung seiner vollstreckbaren Forderung), auf die Klagen, durch welche der Pfändung eines Gegenstandes widersprochen wird (ZPO. §§ 771, 785/6), ist der § 6 ZPO. entsprechend anzuwenden. Dagegen bleibt er bei der Klage gegen den Erben außer Betracht, wenn der Nachlaß geringer ist, als die eingeklagte Schuld[64]), ebenso auch, wenn diese bei der Klage gegen den Ehemann den augenblicklichen Wert des eingebrachten Gutes übersteigt.[65])

c) Bei Grunddienstbarkeiten kann der Wert, den sie für das herrschende Grundstück (d. h. für den Berechtigten) haben, ein anderer sein als der Betrag, um den sich der Wert des dienenden Grundstücks durch die Dienstbarkeit mindert. Nach der Regel würde lediglich der erstere Wert maßgebend sein. Das Gesetz bestimmt jedoch, daß die Wertminderung für die Zuständigkeit maßgebend sein soll, wenn sie größer ist (§ 7). Dies gilt jedenfalls bei der Klage, durch die das Bestehen oder Nichtbestehen[66]) der Grundgerechtigkeit geltend gemacht wird. Aber das Gesetz verlangt nicht, daß die Grunddienstbarkeit den Prozeßgegenstand bildet. Demnach ist der § 7 auch anwendbar bei der Klage auf Grundbuchsberichtigung (BGB. § 894) und sogar bei der Klage aus der Forderung auf Einräumung oder Aufgabe einer Grunddienstbarkeit. Auch bei der Klage auf Unterlassung der Ausübung der Grundgerechtigkeit (als solcher)[67]) oder auf Verbot der Störung der Ausübung wird der § 7 anzuwenden sein, da auch bei diesen Klagen der Wert der Gerechtigkeit bestimmend ist. Dagegen ist § 7 unanwendbar, wenn der Eigentümer oder der Berechtigte auf Schadensersatz wegen Beeinträchtigung klagt oder wenn bei der Klage auf Beseitigung einer Anlage erst der Beklagte das Bestehen der Grundgerechtigkeit geltend macht.[68])

Die ratio legis (§ 7) ist, daß die höhere Belastung des Grundstücks bei der Zuständigkeitsfrage bestimmend sein soll. Daher ist der § 7 nicht nur bei Streitigkeiten über Rechtsverhältnisse des Nachbarrechts analog

---

anerkannt ist. Verteidigungsweise geschehende Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts kommt für unsere Frage nicht in Betracht. Vgl. RG. 12 S. 155.

[64]) RG. 54 S. 411. Ebenso in den Fällen des § 786.

[65]) Das ergibt sich schon daraus, daß die Verurteilung des Mannes zur Duldung der Zwangsvollstreckung keineswegs nur das gegenwärtige eingebrachte Gut betrifft. Sie gewährt dem Gläubiger ein Mittel, um nötigenfalls durch Erzwingung des Offenbarungseides (des Mannes) den Bestand des Vermögens zu ermitteln.

[66]) Die Freiheit des Eigentums wird heute nicht durch eine Eigentumsklage geltend gemacht, sondern durch negative Feststellungsklage (über die Grundgerechtigkeit). Die Feststellung, daß der Kläger Eigentümer ist, bringt überhaupt keine Entscheidung über Belastungen des Eigentums. Vgl. o. Bd. 1 § 31[20], Anspr. und Klagr. 413[46], RG. 51 S. 234.

[67]) Sei es, daß allein auf Unterlassung oder auf Beseitigung der Anlage geklagt wird, deren Existenz die Ausübung der Grundgerechtigkeit darstellt (BGB. § 1004). Vgl. Bd. 1 § 31[20, 21].

[68]) RG. 3 S. 390. Durch Erhebung der Widerklage auf Feststellung der Grundgerechtigkeit kann er sein Interesse an der höheren Bewertung wahren.

anzuwenden, sondern auch bei persönlichen Rechten, die inhaltlich einer Grunddienstbarkeit entsprechen.[69])

d) Eine besondere Vorschrift gibt der § 8 für den Fall, daß das „Bestehen oder die Dauer eines Pacht- oder Mietverhältnisses[70]) streitig ist". Hier soll der Streitwert niemals nach dem häufig schwer feststellbaren objektiven Werte des Gebrauchsrechts, sondern stets nach dem Zins (d. h. nach der Gegenleistung des Mieters) bestimmt werden, und zwar nach dem auf die gesamte streitige Zeit[71]) fallenden Zins, falls aber der fünfundzwanzigfache Betrag des einjährigen Zinses geringer ist, nach diesem Betrag. Ob die Voraussetzung dieser Vorschrift vorliegt, bestimmt sich hier, wie stets, nach dem Antrag auf die (rechtskraftsfähige) Entscheidung, also nach dem Antrag der Klage bzw. Widerklage (§ 322), nicht aber danach, worüber außergerichtlich gestritten ist, auch nicht nach dem, was der Beklagte bloß verteidigungsweise vorgebracht hat.[72]) Das Vertragsverhältnis selbst (überhaupt in seinem Bestande nach Maßgabe des Vertrags[73]) oder nur in seiner Dauer) muß zur Aburteilung gestellt sein. Das ist zweifellos der Fall,

α) wenn eine darauf gerichtete Feststellungsklage angestellt ist[74]), aber

β) auch dann, wenn infolge einer anderen Klage das Recht auf den Gebrauch (nach Maßgabe des Vertrags) zur Aburteilung gestellt wurde. Denn das Gebrauchsrecht (und die ihm entsprechende Pflicht) ist der prinzipale Inhalt des Miet- oder Pachtverhältnisses, und die Feststellung seines Bestehens enthält eine Entscheidung über das Mietverhältnis, weil dieses ohne das Gebrauchsrecht nicht gedacht werden kann.[75]) Demnach findet der § 8 Anwendung

---

[69]) So RG. 29 S. 406.

[70]) Diese Nebeneinanderstellung zeigt, daß es sich nur um Sachmiete handelt.

[71]) Läuft die Miete auf unbestimmte Zeit mit einer Kündigungsfrist z. B. von einem Monat, so ist die maßgebende Zeit nur ein Monat. Vgl. auch BGB. § 566. Hängt die Mietzeit von einem Ereignis ab, dessen Eintritt zeitlich ungewiß ist (z. B. Lebenszeit, BGB. § 567); so ist der 12½ fache Betrag des einjährigen Zinses maßgebend (§ 9).

[72]) Dies betont zutreffend RG. 33 S. 3/4. Wird auf Räumung geklagt, weil der Beklagte nicht befugt sei, in der Wohnung zu verweilen, und bringt er verteidigungsweise (§§ 986, 1007) vor, daß er kraft Mietrechts dazu befugt sei, so ist der § 8 nicht anwendbar, wohl aber, wenn der Beklagte Widerklage erhebt (für diese).

[73]) Es gibt kein abstraktes Mietverhältnis, sondern nur ein solches für bestimmte oder unbestimmte Dauer (mit gesetzlicher Kündigungsfrist).

[74]) Das ist nicht nur der Fall, wenn über die Gültigkeit des Mietvertrags entschieden werden soll, sondern auch dann, wenn eine Partei behauptet, das auf drei Jahre geschlossene Mietverhältnis durch außerordentliche Kündigung für den Schluß des ersten Jahres aufgehoben zu haben, und wenn nun auf die Feststellung geklagt wird, daß die Kündigung nicht zu Recht bestehe. Denn das ist in korrekterer Fassung der Antrag auf Feststellung, daß es noch 2 Jahre weiter läuft. In einem solchen Falle wandte das OLG. Hamburg in Seuff. Archiv 44 Nr. 280 (zustimmend Gaupp-Stein zu § 8) den § 8 nicht an, weil das Mietverhältnis ja aus anderen Gründen vorher erlöschen könne. Das ist aber in jedem Falle möglich und kein Grund gegen die Anwendung des § 8. Vgl. dagegen RG. 33 S. 5 (Ver. Sen.).

[75]) RG. 33 S. 5 rechtfertigt dasselbe Resultat mit anderer Motivierung. Vgl. darüber m. Anspr. u. Klagr. 415/6, bes. Note 52.

aa) bei der Klage auf Einräumung des Gebrauchs und bei der auf Räumung, wenn darin der Klagantrag[76]) auf Anerkennung oder Aberkennung des Gebrauchsrechts für eine bestimmte als streitig angegebene Zeit enthalten ist[77]), nicht aber, wenn der Vermieter (Verpächter) oder der Mieter (Pächter) nur in der Erfüllung seiner unstreitigen Verpflichtung säumig ist und nur über die Zeit der Einräumung eine Entscheidung begehrt wird;

bb) ferner bei einer Klage auf die Feststellung, daß das Recht bestehe oder nicht bestehe, ein auf längere Zeit verabredetes Miet- oder Pachtverhältnis aus einem bestimmten außerordentlichen Grunde vorzeitig zu lösen.[78])

e) Der Wert des Rechts auf wiederkehrende künftige Nutzungen und Leistungen wird durch Kapitalisierung nach dem Werte des einjährigen Betrags berechnet, und zwar

α) auf den 12½ fachen Betrag, wenn der künftige Wegfall des Bezugsrechts gewiß, die Zeit des Wegfalls aber ungewiß ist, jedoch länger als 12½ Jahre sein kann,[79]) so z. B. stets bei einer auf Lebenszeit zu gewährenden Rente;

β) auf den 25 fachen Betrag bei unbeschränkter oder bestimmter Dauer des Bezugsrechts, so jedoch, daß bei bestimmter Dauer des Bezugsrechts der Gesamtbetrag der Bezüge maßgebend ist, wenn er geringer ist als der 25 fache Betrag (ZPO. § 9).

Diese Vorschrift bezieht sich nur auf regelmäßig und in bestimmter Höhe wiederkehrende Leistungen (Beispiele: BGB. § 197), also nicht z. B. auf Kirchenbaulasten, die bei ungewissem Eintritt des Bedürfnisses von Bedeutung werden und einen im voraus nicht zu berechnenden Inhalt haben.[80]). Die Leistungen oder Nutzungen müssen periodisch sein. Handelt es sich um ständige Nutzungen[81]), so ist das richterliche Ermessen maßgebend, soweit nicht der § 8 (Miete oder Pacht) es einschränkt. Das Recht kann ein dingliches (Reallast, Rentenschuld) oder persönliches sein. Handelt

---

[76]) Sein Sinn ist in Zweifelsfällen aus der Begründung zu bestimmen. Vgl. o. Note 14a und speziell RG. 33 S. 4.

[77]) Die Frage ist streitig. Wie hier RG. 33 Nr. 1 (Ver. Sen.) und die meisten Kommentare. A. M. Wach I 387[64], Seuffert, Erl. 1 zu § 8. Bei Mietstreitigkeiten (nicht bei der Pacht) verliert der § 8 an praktischer Bedeutung wegen der Zuständigkeit des Amtsgerichts nach GVG. § 23 Nr. 2.

[78]) Eine andere Frage ist, ob das Interesse an der Feststellung eines Kündigungsrechts vorhanden ist. Der Gegner der Partei, die sich desselben berühmt, wird leicht ein Interesse an der Feststellung des Nichtbestehens des Kündigungsrechts haben. Diese bedeutet die Feststellung der verabredeten Fortdauer des Mietverhältnisses, und die Klage hätte auch direkt hierauf gerichtet werden können. Vgl. Anspr. u. Klagr. 426.

[79]) In letzter Beziehung ist mit Unwahrscheinlichkeiten nicht zu rechnen, so z. B. wenn es sich um eine für die Dauer des Prozesses oder der Studienzeit zu zahlende Rente handelt (RG. 24 S. 373, Ver. Sen.). Hier waltet freies Ermessen (§ 3).

[80]) So auch RG. in JWSchr. 1900 S. 48 u. Seuff. Arch. 43 Nr. 62.

[81]) Z. B. Nießbrauch, Jagdrecht, Wohnungsrecht (ohne Miete).

es sich um eine Grundgerechtigkeit, so gilt die lex specialis des § 7 (o. unter c). — Die Klage kann Leistungs- oder Feststellungsklage sein.

Die Vorschrift bezieht sich nur auf die künftigen Leistungen (nach der Klagerhebung). Wird über diese gestritten und über solche Teilleistungen, die bei der Klagerhebung rückständig sind, so handelt es sich um Klagenhäufung, und es findet Zusammenrechnung statt.[82])

III. Außer den unter I und II behandelten Gesichtspunkten sind in einzelnen Fällen noch andere maßgebend, so namentlich einerseits die Absicht, gewisse Prozesse möglichst zu verbilligen oder zu beschleunigen und durch Richter entscheiden zu lassen, die den Verhältnissen möglichst nahestehen, anderseits die Absicht, für gewisse Streitigkeiten die Möglichkeit zu begründen, daß sie in letzter Instanz vor das Reichsgericht gebracht werden. Der letzte Gesichtspunkt hat dazu geführt, gewisse Streitigkeiten trotz geringen Streitwertes ausschließlich vor die Landgerichte zu verweisen; aus Gesichtspunkten der ersten Art sind manche Sachen dem Amtsgericht ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitwertes zugeteilt. Auch der Sachzusammenhang bildet in einigen Fällen einen Grund für die sachliche Zuständigkeit (u. § 97 I, 3, II, 3).

§ 97.

b) Die sachliche Zuständigkeit der erstinstanzlichen Gerichte im einzelnen.*)

I. Die Amtsgerichte[1]) sind als Prozeßgerichte zuständig

1. im allgemeinen (aber nicht ausschließlich) für Klagen über vermögensrechtliche Ansprüche im Werte bis zu 300 Mark (einschließlich), jedoch mit Ausnahme derjenigen, für die das Landgericht ohne Rücksicht auf den Streitwert (ausschließlich) zuständig ist;[2])

2. ohne Rücksicht auf den Wert (aber nicht ausschließlich) für gewisse, mit einer Ausnahme (Note [13]) durchaus vermögensrechtliche Streitigkeiten (GVG. § 23 Nr. 2). Es sind folgende:

a) Mietstreitigkeiten, d. h. Streitigkeiten zwischen dem Vermieter (nicht: Verpächter) und dem Mieter oder Untermieter von Wohnräumen oder

[82]) RG. 19 Nr. 84 (Ver. Sen.), 23 Nr. 86.

*) In der Hauptsache ist die Materie in GVG. §§ 23, 70 geregelt. Literatur: Bach I § 29, Planck I § 9, Schmidt § 44, Weismann I § 28, Fitting § 13. — Kommentare zu §§ 23, 70 GVG. und Vorbem. vor § 1 ZPO.

[1]) Aus der amtsgerichtlichen Zuständigkeit (richtiger Gerichtsbarkeit, vgl. o. Bd. 1 § 14, III) scheiden aus die Klagen, für die das Gewerbegericht (GewGG. §§ 4—8, s. o. Bd. 1 § 11) oder das Kaufmannsgericht (KaufmGG. §§ 4—6) zuständig ist.

[2]) GVG. § 23 Nr. 1. Die Wertgrenze von 300 Mark ist trotz der gewaltigen Veränderung der Wertverhältnisse bis jetzt beibehalten. Österreich verweist vor die Einzelrichter (Bezirksgerichte) die Streitigkeiten mit einem Werte bis zu 1000 Kronen (JN. § 49)!

anderen Räumen (z. B. Läden, Ställen) oder zwischen dem Mieter und dem Untermieter solcher Räume wegen Überlassung, Benutzung[3]) oder Räumung, sowie wegen Zurückbehaltung[4]) der von dem Mieter oder Untermieter in die Mieträume eingebrachten Sachen (GVG. § 23 Nr. 2 Satz 1).

Bei anderen Klagen, z. B. wegen Zahlung des Mietgeldes, Schadensersatz wegen verspäteter Überlassung, auf Feststellung des Mietverhältnisses (im ganzen), bleibt es bei der Regel.[5]) Macht aber die Klage die oben bezeichneten Ansprüche geltend, so begründet es keinen Unterschied, ob sie als Feststellungsklage oder als Klage auf Verurteilung erhoben wird,[6]) ob die Klage Verurteilung zu sofortiger oder zu künftiger Räumung (ZPO. § 257) begehrt, ob der Vermieter (oder sein nach BGB. § 571 an die Stelle getretener Rechtsnachfolger) den Anspruch auf Räumung nur auf das Mietverhältnis oder auf sein Eigentum oder auf seinen Oberbesitz[7]) gestützt hat.[8]) Keine Mietstreitigkeit liegt vor, wenn der Anspruch auf Räumung darauf gestützt wird, daß überhaupt kein Mietverhältnis zwischen den Parteien entstanden sei.

b) Alle Streitigkeiten zwischen Dienstherrschaft und Gesinde, zwischen Arbeitgebern und Arbeitern hinsichtlich des Dienst- und Arbeitsverhältnisses sowie die in § 4 des Gewerbegerichtsgesetzes vom 30. Juni 1901 bezeichneten Arten von Streitigkeiten, insofern sie während der Dauer des Dienst-, Arbeits- oder Lehrverhältnisses entstehen, d. h. in diesem ihren Grund haben[9]) (GVG. § 23 Nr. 2 Satz 2).

---

[3]) Dahin gehört auch die Klage auf Beseitigung eines Mangels (BGB. §§ 536, 538), ebenso die Klage des Vermieters wegen Unzulässigkeit der Art der Benutzung (BGB. §§ 549, 550).

[4]) Nicht nur die Klage des Mieters, sondern auch die des Vermieters (z. B. auf Verbot der Wegschaffung, auf Herausgabe zwecks Ausübung des gesetzlichen Pfandrechts).

[5]) Über das Verhältnis dieser Klage zu der Räumungsklage vgl. o. § 96 (S. 199).

[6]) Das Gesetz spricht von Streitigkeiten wegen (nicht: auf) Überlassung, Räumung usw., und es widerspricht dem Zweck der Vorschrift (rasche Entscheidung, Verbilligung des Prozesses), wenn man in das Gesetz eine Unterscheidung hineinträgt, die in ihm nicht enthalten ist. Richtig Struckmann-Koch, Erl. 4 zu § 23 GVG. A. M. Wach I § 53, Gaupp-Stein, Erl. II 2 zu § 1. Es ist hier ebenso wie im Falle b und c.

[7]) Verweilen in der Wohnung nach Beendigung des Mietverhältnisses (des ersten Mieters) begründet den Besitzanspruch (auch gegen Untermieter, arg. § 556 III BGB.).

[8]) Sonst hätte es der Vermieter in der Hand, die Kompetenzbestimmung des § 23 Nr. 2 illusorisch zu machen. Nötig ist nur, daß der Kläger das Erlöschen des Mietverhältnisses als den Grund des Anspruchs auf Räumung anführt. Das muß er tun, wenn er sich als Vermieter bezeichnel, weil sonst sein Vorbringen nicht schlüssig ist. Anders ist die Situation in Seuff. Arch. 56 Nr. 86 (Colmar), wo die Klage gegen einen Dritten angestellt und auf das Eigentum gegründet ist.

[9]) Nur diese Auslegung ergibt einen vernünftigen Sinn und steht im Einklang mit dem im Gesetz angezogenen § 4 des GGG. Streitigkeit bedeutet die abzuurteilende (nicht notwendig streitige) Angelegenheit. Andere verlangen, daß der Prozeß über den Anspruch noch vor Beendigung des Verhältnisses entstanden, d. h. anhängig geworden sein müsse (so Struckmann-Koch, Erl. 5 zu 23, Schmidt 204 [1]), wieder andere, daß die Differenz (die Streitigkeit als solche) — also wohl das außergerichtliche Streiten — während des Verhältnisses entstanden sein müsse (so Wilmowski-Levy, Erl. 5 zu § 23 GVG. unter Verkennung des in Bd. 1 § 8 nach Note 9 bezeichneten Gesichtspunkts). Wie hier: Wach I 354, Gaupp-Stein zu § 1, Weismann I 87.

Die Vorschrift findet auch Anwendung, wenn der Ehemann (BGB. § 1380) über die Rechte seiner Frau prozessiert, ferner auch dann, wenn ein Rechtsnachfolger Partei ist.[10]) — Die nach § 4 des GGG. vom 30./6. 1901 (im Gesetz ist noch die alte Fassung zitiert) in Betracht kommenden Streitigkeiten sind in Band 1 § 11, III 2 b α, β (Seite 74) aufgezählt. Es sind nicht nur und nicht alle Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitern hinsichtlich des Arbeitsverhältnisses (vgl. namentlich a. a. O. β). Sie gehören zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nur dann, wenn ein sachlich und örtlich zuständiges Gewerbegericht (GGG. § 27) nicht vorhanden ist. Auch das Kaufmannsgerichtsgesetz entzieht dem Amtsgericht viele Streitigkeiten, die unter § 23 Nr. 2 GVG. fallen.

c) Gewisse Streitigkeiten, die durch die Reise veranlaßt werden (GVG. § 23 Nr. 2 Satz 3).

Es sind die Streitigkeiten zwischen Reisenden und Wirten, Fuhrleuten, Schiffern, Flößern oder Auswanderungsexpedienten in den Einschiffungshäfen, welche über Wirtszechen, Fuhrlohn, Überfahrtsgelder, Beförderung der Reisenden und ihrer Habe und über Verlust und Beschädigung der letzteren, sowie Streitigkeiten zwischen Reisenden und Handwerkern, welche aus Anlaß der Reise entstanden sind. Streitigkeiten mit dem Gastwirt wegen zurückbehaltener Sachen (BGB. § 704) gehören vor die Amtsgerichte: nicht nach dieser Bestimmung, wohl aber nach der unter a angeführten, wenn ein Mietvertrag geschlossen ist.[11])

d) „Streitigkeiten wegen Viehmängel" (GVG. § 23 Nr. 2 Satz 4).

Das Gesetz macht keinen Unterschied nach dem Inhalt des Prozesses, der wegen solcher Mängel (BGB. §§ 481 f.) geführt wird. Aber die Klage muß sich auf den Mangel stützen. Also gelten die gewöhnlichen Regeln, wenn z. B. gegenüber der Klage auf den Kaufpreis der Mangel geltend gemacht wird.

e) „Streitigkeiten wegen Wildschadens" (GVG. § 23 Nr. 2 Satz 5).

f) „Ansprüche aus einem außerehelichen Beischlafe" (GVG. § 23 Nr. 2 Satz 6).

Dieser muß den den Charakter der Klage bestimmenden Grund bilden; also kommt nicht in Betracht die Klage der Verlobten (BGB. § 1300), nicht die Klage wegen einer durch die Gestattung oder Vollziehung des Beischlafs zugefügten Schädigung (§§ 823 I, 825), nicht die Klage aus einem Vertrag, zu dem der Beischlaf veranlaßte,[12]) nicht eine erbrechtliche Klage, bei der die außereheliche Vaterschaft in Betracht kommt, nicht die Klage eines Dritten, die den Anspruch aus Geschäftsführung geltend macht. Ist die Klage auf den Beischlaf gegründet, so ist das Amtsgericht schlechthin zuständig, mag das Kind (BGB. § 1708) oder die Mutter (BGB. § 1715) einen Anspruch im Sinne des BGB. (§ 194) erheben oder mag die zur Aburteilung gestellte Rechtsbehauptung das außereheliche Vaterschaftsverhältnis

[10]) Die gleiche Frage ist hinsichtlich des GGG. streitig und vom RG. 51 S. 193 in entgegengesetztem Sinne entschieden. Dann könnte die Zuständigkeitsregel beliebig durch fiduziarische Abtretung umgangen werden. Für uns die überzeugende Darlegung von Bewer, DJZ. 1904 S. 1110, Jäger, Z. f. Rpflege in Bayern 1 4.

[11]) Die Haftung ex recepto setzt dies nicht notwendig voraus (BGB. § 701 II).

[12]) Die Anerkennung der Vaterschaft ist, auch wenn sie in der Form des § 1718 BGB. abgegeben ist, kein Verpflichtungsgrund. Die Anerkennung der Verpflichtung zu bestimmten Leistungen beurteilt sich nach BGB. § 781 und, soweit sie sich auf die Zukunft richtet, nach § 1714.

sein.[13]) Das Amtsgericht ist auch dann schlechthin zuständig, wenn ein Dritter als Rechtsnachfolger klagt oder verklagt wird.[14])

3. Wegen des Zusammenhangs mit einer bereits anhängigen oder anhängig gewesenen Streitigkeit sind die Amtsgerichte ohne Rücksicht auf den Wert (aber nicht ausschließlich) zuständig für die Klagen der Prozeßbevollmächtigten, der Beistände, der Zustellungsbevollmächtigten (wegen Gebühren und Auslagen). Zuständig ist das Amtsgericht, bei dem der „Hauptprozeß" anhängig ist oder war, d. h. der Prozeß, in dem jene Forderungen jenen Personen gegen ihre Partei erwachsen sind (ZPO. § 34), und zwar auch für diejenigen, die in einer höheren Instanz dieses Prozesses entstanden.[15])

II. Die Landgerichte sind zuständig für alle nicht den Amtsgerichten zugewiesenen Klagen (GVG. § 70 I), und zwar:

1. ausschließlich

a) für die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten;[16])

b) für gewisse das öffentliche Interesse berührende vermögensrechtliche Klagen, mögen sie auch einen geringeren Wert als 300 Mark haben. Dies sind

α) kraft Reichsgesetzes (§ 70 II GVG.) die Ansprüche, welche erhoben werden: 1. auf Grund des Gesetzes vom 1. Juni 1870 über die Abgaben von der Flößerei, 2. auf Grund des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 (gegen den Reichsfiskus), 3. gegen Reichsbeamte (auch wenn sie nicht mehr im Dienste sind) wegen Überschreitung ihrer amtlichen Befugnisse oder wegen pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen (d. h. aus § 839 BGB.);

β) kraft sonstiger reichsgesetzlicher einzelner Vorschriften: 1. Ansprüche auf Rückerstattung bzw. Befreiung von der Pflicht zur Entrichtung von Reichsstempelabgaben (§ 43 des RGes. vom 14. Juni 1900), 2. Klagen auf Auflösung, Nichtigkeitserklärung einer Aktiengesellschaft oder einer Gesellschaft m. b. H. oder auf Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung (HGB. §§ 309, 272/3, Ges. über G.m. b. H. §§ 6f., 75, GenGes. §§ 51, 96), 3. Klagen gegen den Emittenten nach BörsenG. § 47, 4. Klagen wegen Entschädigung wegen unschuldig erlittener Strafe oder Untersuchungshaft (RGes. v. 20./5. 1898 § 15 u. v. 14./7. 1904 § 6 III);

γ) kraft reichsgesetzlich zugelassenen Landesgesetzes die in § 70 III GVG. bezeichneten Streitigkeiten. Sie betreffen Ansprüche 1. der Staatsbeamten gegen den Staat aus ihrem Dienstverhältnisse, 2. wegen Verfügungen der Verwaltungsbehörden, 3. wegen Verschuldung von Staatsbeamten,[17]) 4. wegen Aufhebung von Privilegien,

[13]) A. M. Wach I 356. Aber es hat keinen Sinn, dem Amtsgericht alle Prozesse über die Folgen der Vaterschaft zuzuweisen, die Entscheidung über diese selbst aber dem Landgericht vorzubehalten. Der § 23 Nr. 2 fordert nicht, daß die Streitigkeit eine vermögensrechtliche sei, vgl. dazu o. § 96 I, 1 a. Ebenso wie hier Gaupp-Stein, Erl. II zu § 1, Schmidt 204 [4].

[14]) Vgl. namentlich § 1709 (cessio legis), § 1713 (Erben).

[15]) In der oben bezeichneten Kompetenzbestimmung liegt auch eine solche über die örtliche Zuständigkeit. Vgl. u. § 104. Die Zuständigkeit der Amtsgerichte für Widerspruchsklagen beruht auf einem anderen Gesichtspunkte. Vgl. u. III 1.

[16]) Über den Begriff s. o. § 96, I, über den einzigen Fall, in dem das Amtsgericht über einen nicht vermögensrechtlichen Prozeßgegenstand urteilen kann, s. o. Note 13. — Die Ausschließlichkeit ergibt sich aus § 40 II, s. o. § 94 Note 17a.

[17]) Hierher (3, 5) gehört auch die Haftung des Gerichtsvollziehers und die staatliche Haftung für seine unerlaubten Handlungen (im Dienst), was in Wider-

5. Ansprüche gegen Beamte aus BGB. § 839, 6. Ansprüche in betreff öffentlicher Abgaben. — Preußen hat von der Erlaubnis des § 70 III GVG. in AG. z. GVG. § 39 und Preuß. FGG. Art. 130 Nr. V Gebrauch gemacht mit Ausnahme der unter 2 und 4 bezeichneten Ansprüche.

2. Für alle nicht unter 1 b aufgeführten vermögensrechtlichen Streitigkeiten sind die Landgerichte zuständig, soweit sie einen Streitwert von mehr als 300 Mark haben und nicht den Amtsgerichten ohne Rücksicht auf den Wert zugewiesen sind (I 2).[18])

3. Sachliche Zuständigkeit des Landgerichts mit Rücksicht auf den Zusammenhang mit einer bereits anhängigen oder anhängig gewesenen oder anhängig zu machenden Streitigkeit:

a) Das Landgericht ist als Gericht (erster Instanz) des „Hauptprozesses" ohne Rücksicht auf den Wert (aber nicht ausschließlich) zuständig für die in § 34 ZPO. bezeichneten Forderungen von Prozeßbevollmächtigten usw. (o. I 3).

b) Der Zusammenhang mit einer anhängigen Sache macht das Landgericht für solche Streitigkeiten, die nach der Regel unter I vor das Amtsgericht gehören würden, sachlich zuständig, wenn die letzteren anhängig werden

α) durch Widerklage (§ 33),

β) oder durch Inzidentfeststellungsklage (§ 280).

Dies folgt daraus, daß in einem Prozesse, in dem der zweite Anspruch vor dem Amtsgericht geltend gemacht wird, der ganze Prozeß auf Antrag einer der Parteien an das Landgericht zu verweisen ist, so daß also wegen dieser Verbindung das Landgericht auch über den amtsgerichtlichen Anspruch zu entscheiden hat.[19]) Daraus (β) ist aber

γ) weiter folgendes zu schließen. Es ist dem Kläger, der vor dem Landgericht eine vor dieses gehörige Klage erhebt, erlaubt, in ihr akzessorisch einen seinem Werte nach amtsgerichtlichen Anspruch (I 1) dann geltend zu machen, wenn dieser von dem Bestehen des Rechtsverhältnisses abhängt, wegen dessen vor dem Landgericht auf Feststellung geklagt wird.[20]) Würde z. B. der Kläger vor dem Amtsgericht wegen Verletzung des Namensrechts auf 200 Mark Schadensersatz klagen, so könnte er, wenn das Namensrecht selbst streitig ist, wegen desselben Inzidentfeststellungsklage erheben und Verweisung des ganzen Prozesses an das Landgericht herbeiführen

---

spruch mit der o. § 84 III/IV bekämpften Anschauung allgemein anerkannt ist (auch vom RG. 56 S. 84 f.). Vgl. o. § 34 Note 70/2.

[18]) Beschränkt wird die landgerichtliche Zuständigkeit (besser: Gerichtsbarkeit, vgl. o. Bd. 1 § 14, III) durch das KaufmGG. § 5.

[19]) ZPO. § 505, s. u. IV, 2 b β (S. 209).

[20]) Würde man dies nicht annehmen, so wäre der Kläger genötigt, die beiden zusammenhängenden Ansprüche in zwei Prozesse zu teilen. Bedeutung hat die erörterte Frage nur dann, wenn nicht etwa infolge Zusammenrechnung (§ 6 ZPO.) die beiden Ansprüche in die landgerichtliche Zuständigkeit kommen.

(§ 506). Diesen Umweg kann er sich sparen, indem er die beiden Ansprüche in Verbindung miteinander sogleich vor dem Landgericht einklagt.

c) Die Bedeutung des Sachzusammenhangs bei Widerspruchsklagen wird unter III erörtert.

III. Nicht um sachliche Zuständigkeit, sondern um die funktionelle Kompetenz handelt es sich im allgemeinen bei den Vorschriften über die Zuständigkeit für die Widerspruchsklagen.

1. Soweit diese dem Prozeßgerichte (erster Instanz) zugewiesen sind (z. B. §§ 323, 767/8, 785/6), ist der Zusammenhang des formell neuen Prozesses mit dem bereits erledigten der Grund für die Zuweisung, weshalb solche Prozesse passend als Anhangsprozesse bezeichnet werden. Anders ist es bei denjenigen Widerspruchsklagen, durch welche die Entscheidung des Landgerichts zwecks Anfechtung einer amtsgerichtlichen Entscheidung nachgesucht wird (z. B. §§ 664, 957). In allen diesen Fällen geht mit der Ausschließlichkeit des Gerichtsstands (also örtlich) die absolute Natur der Zuständigkeit hinsichtlich der Funktion Hand in Hand.[21])

2. Eine besondere Klasse bilden diejenigen Widerspruchsklagen, bei denen die funktionelle Kompetenz nur insofern in Betracht kommt, als die den Widerspruch gegen eine Vollstreckungsmaßregel verfolgende Klage zwar funktionell an die Gerichte des Bezirks gewiesen ist, in dem die Vollstreckung stattgefunden hat, die Frage aber, ob das Landgericht oder Amtsgericht zuständig ist, sich nach dem Werte des Streitgegenstandes beantwortet.[22]) Hier entscheiden trotz § 802 ZPO. die gewöhnlichen Grundsätze über die sachliche Zuständigkeit; es ist also Prorogation (§§ 38/9) möglich,[23]) in den Fällen des § 879 jedoch mit einer Modifikation. Mit Rücksicht auf den Zusammenhang, in dem die von mehreren Gläubigern gegen denselben Teilungsplan erhobenen Widersprüche miteinander stehen, bestimmt das Gesetz, daß das Landgericht für alle Widerspruchsklagen zuständig ist, wenn eine von ihnen in die landgerichtliche Kompetenz gehört.[24]) Es gestattet jedoch die Prorogation an das Amtsgericht, aber nur unter der Bedingung, daß alle am Widerspruch beteiligten Gläubiger vereinbaren, daß das Verteilungsgericht über alle Widersprüche entscheiden solle. Wie das Amtsgericht die Klage von Amts wegen abweisen muß, wenn nur bezüglich

---

[21]) Vgl. o. § 95, V und § 94 [3].

[22]) Es sind die Fälle der §§ 771, 805 (Widerspruchsklage eines Dritten, insbesondere eines besseren Pfandgläubigers oder Vorzugsberechtigten) und des § 879 (Widerspruch gegen die Teilungsentscheidung).

[23]) So auch Gaupp-Stein, Seuffert, Petersen zu § 802. A. M. RG. 13 S. 369. — Auch der § 10 ZPO. (o. § 94 IV 2 b α, S. 182) ist hier anwendbar.

[24]) Das Gesetz will aus leicht erkennbaren Gründen, daß die Entscheidung über die Widersprüche (also die eventuelle Änderung der Teilungsentscheidung, § 880) unbedingt in einer Hand vereinigt ist. Aber daran, ob dies das Amtsgericht oder das Landgericht ist, haben nur die beteiligten Gläubiger ein Interesse. Es ist deshalb auch zulässig, daß sämtliche Gläubiger auf das Landgericht prorogieren. A. M. Gaupp-Stein, Erl. I zu § 879.

einer der mehreren Klagen Vereinbarung stattgefunden hat, so muß dies natürlich auch geschehen, wenn nur in einem vor dem Amtsgerichte erhobenen Prozesse der Beklagte vorbehaltlos zur Hauptsache verhandelt hat. Wohl aber genügt es, wenn dies von sämtlichen Beklagten in sämtlichen Widerspruchsprozessen geschieht.[25])

3. Entsprechend den unter 2 behandelten Fällen ist die Rechtslage im Falle des § 722 (Klage auf Vollstreckungsurteil) zu beurteilen.

IV. Folge der sachlichen Unzuständigkeit (I, II, III 2, 3).

1. Ist eine ausschließlich vor das Landgericht gehörige Klage bei dem Amtsgericht erhoben, so muß von Amts wegen die Prozeßabweisung erfolgen, und zwar auch noch in der höheren Instanz.[26]) — In allen anderen Fällen kann das sachlich unzuständige Gericht zuständig werden. Über die Prüfung der Zuständigkeit und die Voraussetzung der Prozeßabweisung ist bereits in § 94 Seite 179 f. gehandelt.

2. Verweisung an ein anderes Gericht (§§ 276, 505/6).

a) Spricht das Landgericht die Prozeßabweisung aus, so muß es, falls der Kläger es rechtzeitig, d. h. vor Schluß der Verhandlung beantragt hat, den Prozeß an ein von dem Kläger zu bezeichnendes Amtsgericht des Landgerichtsbezirks verweisen (§ 276). Die Verweisung geschieht durch dasselbe Urteil. Hat das Gericht sie abgelehnt, so ist das Urteil durch Berufung anzufechten; hat es die Entscheidung übergangen, so kann Ergänzung des Urteils verlangt werden.[27]) Die Verweisung setzt voraus, daß die Prozeßabweisung nur wegen sachlicher Unzuständigkeit zu erfolgen hat; sie hat nur den Zweck, die Nachteile zu vermindern, die dem Kläger durch einen Mißgriff bei der Wahl zwischen Amtsgericht und Landgericht drohen. Die Verweisung ist also ausgeschlossen, wenn die Prozeßabweisung wegen örtlicher Unzuständigkeit oder wegen des Mangels einer vor der Zuständigkeit zu prüfenden Prozeßvoraussetzung zu erfolgen hat.[28]). Mangels einer besonderen Bestimmung ist der beim Landgericht abgewiesene Kläger gemäß § 91 ZPO. sofort in die Kosten des landgerichtlichen Verfahrens zu verurteilen.[29])

Das die Verweisung enthaltende Urteil ist in der gewöhnlichen Weise

---

[25]) Die Frage ist streitig. Vgl. Seuffert, Erl. 2 zu § 879, Fischer-Schäfer, Zwangsvollstreckung 412 einerseits, Gaupp-Stein, Erl. I zu § 879 anderseits.

[26]) Eine Heilung des Mangels kann nur durch die Rechtskraft des sachlichen Urteils erfolgen. Vgl. o. S. 183 unter γ.

[27]) Nach § 321, der zwar nur von übergangenen Haupt- und Nebenansprüchen und den Prozeßkosten spricht, aber hier seinem vernünftigen Sinne nach ebenso anzuwenden ist, wie dies im Falle des § 716 ausdrücklich vorgeschrieben ist. Ein arg. e contrario ist nicht am Platze. A. M. Seuffert, Gaupp-Stein, Struckmann-Koch zu § 276. Wie hier: Reincke, Erl. 6 zu § 276, Gaupp (3) zu § 276.

[28]) Vgl. o. § 66[12] c. cit.

[29]) Anders im Falle des § 506 (b, β), dessen Bestimmungen sich auf unseren Fall nicht übertragen lassen; auch GKG. § 30 behandelt die Fälle verschieden. Abweichend Reincke zu § 276.

durch Rechtsmittel anfechtbar[30]) und entfaltet seine Wirkung erst dann, wenn es rechtskräftig geworden ist. Dann „gilt der Rechtsstreit als bei dem Amtsgericht anhängig" (§ 276 II).

b) Im amtsgerichtlichen Prozesse ist zu unterscheiden:

α) Ist das Amtsgericht von vornherein sachlich unzuständig und kommt es deshalb zur Prozeßabweisung, so hat es in derselben Weise, wie unter a dargelegt wurde, auf Antrag an sein Landgericht zu verweisen (§ 505).

β) Wesentlich günstiger für die Parteien, einfacher und rascher ist die Regelung, wenn vor dem Amtsgericht, das sachlich zuständig war oder geworden war, im Laufe des Prozesses ein Anspruch erhoben wird, für den ihm die Zuständigkeit fehlt. Dies kann geschehen 1. entweder durch Erweiterung des Klagantrags nach § 268 Nr. 2, 3 ZPO.,[31]) oder 2. durch Erhebung einer solchen Widerklage[32]) oder einer solchen Inzidentfeststellungsklage (§ 280), die wegen ihres Wertes oder ohne Rücksicht auf diesen (II 2a) oder als nicht vermögensrechtliche Streitigkeit vor das Landgericht gehören.

In diesen Fällen bleibt der ganze Prozeß bei dem Amtsgericht, wenn die Klagenverbindung zulässig und Prorogation möglich und eingetreten ist. Andernfalls hat das Amtsgericht in der Regel die erweiterte Klage (ganz) bzw. die Wider- oder Inzidentfeststellungsklage (allein) wegen sachlicher Unzuständigkeit durch Urteil abzuweisen. Wird aber vorher ein Antrag gestellt und liegt ein anderer Grund für Prozeßabweisung nicht vor,[33]) so ist der ganze Prozeß an das vorgesetzte Landgericht zu verweisen.[34]) Sobald die Verweisung unanfechtbar ist, gilt der Prozeß auch hier vor dem Landgericht als anhängig.[35]) Die Abweichung von den Fällen unter a und b, α liegt darin,

---

[30]) Die unterbliebene Verweisung kann auch von der höheren Instanz nachgeholt werden. Es genügt auch, wenn sie in der Berufungsinstanz beantragt wird.

[31]) Beispiele: Die Klage auf die Zinsen (120 Mark) wird erweitert auf das Hauptgeld von 3000 Mark (§ 268 Nr. 2). Kläger hatte auf Herausgabe einer Sache im Werte von 300 Mark geklagt; er ändert nach § 268 Nr. 3 seinen Klagantrag auf Schadensersatzleistung wegen verschuldeter Unmöglichkeit der Herausgabe (350 Mark).

[32]) So auch dann, wenn der Kläger von einer Forderung (500 Mark) einen Teilbetrag von 300 Mark eingeklagt hat und der Beklagte eine Widerklage auf die Feststellung erhebt, daß er überhaupt nichts (500 Mark) schuldig sei. Sonst könnte der Kläger den Beklagten durch Einklagung von Teilbeträgen um die Nachprüfung durch das Oberlandesgericht bringen.

[33]) Vgl. o. bei Note 28. Klagt die Klägerin als Ehefrau oder als Tochter vor dem Amtsgericht auf Unterhalt und erhebt der Beklagte Widerklage auf Anfechtung der Ehe oder der Ehelichkeit, so ist nach §§ 615 II, 640 II, 641 die Prozeßabweisung ohne Verweisung auszusprechen.

[34]) Hieraus ergeben sich wichtige Konsequenzen für den Fall, daß sogleich vor dem Landgericht geklagt ist, vgl. o. II, 3b.

[35]) Das ist hier nach der unter bb angeführten Abweichung sofort (mit der Verkündung der Verweisung) der Fall (§ 506 II, 1).

aa) daß jede der beiden Parteien den Antrag stellen kann,[36])

bb) daß die Prozeßabweisung und Verweisung nicht durch Urteil, sondern durch Beschluß geschieht und dieser der Anfechtung schlechthin entzogen ist,[37])

cc) daß die im Verfahren vor dem Amtsgericht erwachsenen Prozeßkosten als Teil der bei dem Landgericht (in dem dort fortzusetzenden Prozeß) erwachsenden Kosten behandelt werden. Diese werden im ganzen nach den gewöhnlichen Vorschriften (§ 91 ff.) der unterliegenden Partei auferlegt.[38])

c) Die Wirkung der Verweisung auf die Art der Weiterentwicklung des Prozeßverhältnisses ist in allen Fällen dieselbe. Die Rechtshängigkeit (mit allen ihren prozessualen und materiellrechtlichen Folgen) wird nicht beendigt. Anders ausgedrückt: das Prozeßverhältnis bleibt bestehen, nur wechselt das gerichtliche Subjekt. Das Gericht, an das verwiesen ist, tritt ohne weiteres an Stelle des verweisenden. Dieses gibt die Akten an das erstere ab. Der Prozeß kann ohne weiteres von jeder der beiden Parteien durch Ladung betrieben werden.[39]) Eine Klagerhebung findet nicht nochmals statt. Der Prozeßgegenstand in dem fortgesetzten Verfahren bestimmt sich in allen Fällen nach dem, was vor dem verweisenden Gericht geschehen ist; der Tatbestand bzw. der Verweisungsbeschluß gibt darüber Aufschluß. In dem fortgesetzten Verfahren sind die Wirkungen aller früheren Prozeßhandlungen der Parteien (so z. B. Zustimmung zur Klagänderung, Prorogation in örtlicher Beziehung, Geständnisse, Verzichte auf Prozeßrügen) so zu beurteilen, als wäre der Prozeß vor dem verweisenden Gericht fortzusetzen.[40])

V. Zivilkammern und Handelskammern.[41])

1. Besteht eine Kammer für Handelssachen, so gehören vor sie von denjenigen Rechtsstreitigkeiten, die den Landgerichten als erster Instanz zugewiesen sind,[42]) die Handelssachen (im prozessualen Sinne).[43])

---

[36]) Der § 506 bedeutet also praktisch, daß die bezeichneten neuen Ansprüche vor dem Amtsgericht erhoben werden dürfen. Nur muß der Kläger (Widerkläger) dann die Verweisung beantragen. Wird dieser Antrag sofort gestellt, so kann der Beklagte (Widerbeklagte) die Verweisung nicht hindern.

[37]) ZPO. § 506 II, 1. Über die bindende Kraft des Beschlusses (ZPO. § 11) vgl. o. S. 185 (b). [38]) § 505 II, 2 im Gegensatz zu den Fällen unter a und b, α (o. Note 29).

[39]) Die Ladung muß die Aufforderung enthalten, einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt zu bestellen, wenn das zweite Gericht ein Landgericht ist und ein solcher Anwalt nicht schon vorhanden ist (§ 215).

[40]) Übereinstimmend Gaupp-Stein, Erl. IV 6 zu § 276. Der sich speziell mit den Wirkungen der Verweisung beschäftigende Aufsatz von Rößler, Arch. f. ziv. Pr. 73 245 f. beruht auf einer unrichtigen Auffassung der Bedeutung der Unzuständigkeit (o. § 94 S. 175 f.). Rößler macht einen grundsätzlichen Unterschied zwischen der Verweisung im Falle a und b, α einerseits und im Falle b, β anderseits und meint, in den ersten Fällen sei das Verfahren vor dem inkompetenten Gericht nicht geeignet zur ferneren Berücksichtigung, weil nur das, was der kompetente Richter getan habe, formell zu Recht bestehe (S. 247). [41]) Über ihre Einrichtung vgl. o. S. 60.

[42]) Nur für diese kommen sie in Betracht, nicht aber als zweite Instanz in

Diese sind teils in GVG. § 101, teils in anderen Reichsgesetzen bestimmt. Es sind

a) die Ansprüche gegen einen Kaufmann[44]) aus Geschäften, die für beide Teile (d. h. die Vertragschließenden) Handelsgeschäfte (HGB. §§ 343/4) sind[45]),

b) schlechthin Ansprüche aus einem Wechsel im Sinne der WO. oder aus einer der in § 363 HGB. bezeichneten indossabeln Urkunden (GVG. § 101 Nr. 2),

c) schlechthin Ansprüche aus einem der in GVG. § 101 Nr. 3 aufgeführten Rechtsverhältnisse. Zu diesen (c) treten hinzu Streitigkeiten wegen der Entrichtung von Reichsstempelabgaben (§ 43 des Reichsstempelgesetzes vom 14. Juni 1900), wegen unlauteren Wettbewerbs (WettbG. § 15) und gegen den Emittenten von Wertpapieren nach § 47 des Börsengesetzes.

d) Die Hauptinterventionsklage (§ 64 ZPO.) aus Anlaß eines vor dem Landgericht (Handelskammer) anhängigen Prozesses gehört nur dann vor die Handelskammer, wenn die Voraussetzungen des § 101 für jene Klage vorliegen, im Falle a (§ 101 Nr. 1) also nur, wenn beide Parteien des Erstprozesses (die Interventionsbeklagten) Kaufleute sind (GVG. § 108).

2. Das Verhältnis von Zivil- und Handelskammer.[46])

Es bestimmt sich in keiner Beziehung nach den Vorschriften, die über die Zuständigkeit der verschiedenen Gerichte gegeben sind. Denn die Zivilkammer und die Handelskammer sind koordinierte und nur verschiedenartig besetzte Abteilungen desselben Gerichts.[47]) Deshalb finden hier z. B. weder die Grundsätze über die Prorogation (§§ 38/9), noch die über prozeßhindernde Einreden (§§ 274/5), noch der § 551 Nr. 4 ZPO. über die Anfechtung wegen Unzuständigkeit Anwendung (auch keine analoge). Vielmehr gelten hier ausschließlich die besonderen Vorschriften der §§ 103/7 GVG. Die nach ihnen zulässige Verweisung von der einen Kammer an die andere ist keine Prozeßabweisung.

---

solchen Handelssachen, die vor den Amtsgerichten als erster Instanz verhandelt sind. — Anders ist es in der freiwilligen Gerichtsbarkeit; hier tritt für Handelssachen als Beschwerdegericht die Handelskammer an die Stelle der Zivilkammer (FGG. § 30 I 2).

[43]) Anders ist der Begriff der Handelssachen im materiellen Sinne des Art. 2 des EG. z. HGB. (= alle Rechtsangelegenheiten, die nach HGB. zu beurteilen sind) und im Sinne des FGG. § 30 I 2 (= die Rechtsangelegenheiten, die im 7. Abschnitt §§ 125f. unter diesem Titel aufgeführt sind).

[44]) Im Sinne des HGB. §§ 1—3 (auch die Minderkaufleute des § 4; vgl. jedoch unten 2, a, β). Den Kaufleuten sind gleichgestellt die Handelsgesellschaften (§ 6), insbesondere die Aktiengesellschaften (§§ 210 II, 320 III), die Genossenschaften (GenGes. § 17 II) und die Gesellschaften m. b. H. (Ges. § 13 III).

[45]) GVG. § 101 Nr. 1. Also nicht 1. Ansprüche aus Handelsgeschäften, wenn sie nicht gegen einen Kaufmann geltend gemacht werden (entscheidend ist die Zeit der Klagerhebung, § 263 II Nr. 3), 2. nicht Ansprüche gegen Kaufleute, wenn sie aus einseitigen Handelsgeschäften oder überhaupt nicht aus einem solchen (also namentlich aus unerlaubter Handlung) entspringen. Hier wird die Frage, ob mit dem Vertragsanspruch der Deliktsanspruch konkurriert oder ob nur Gesetzeskonkurrenz vorliegt, von großer Bedeutung. Vgl. dazu o. Bd. 1 § 37 a. E.

[46]) Wach I 364f., Planck I 42f., Kommentare zu GVG. §§ 103f.

[47]) Vgl. näher o. § 74 III 2 a β und bei Note 37 über die Ausnahme, die gilt, wenn es sich um eine sog. detachierte Handelskammer handelt. — Anders ist das Verhältnis von Zivil- und Handelskammer in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Hier nimmt RG. 48 Nr. 10 (1. Sen.) an, daß die Zivilkammer unzuständig sei, soweit das Gesetz bestimmt, daß die Handelskammer an ihre Stelle tritt (FGG. §§ 30 I, 2, 143 I, 2 usw.).

a) Die Verhandlung findet nur dann vor der Handelskammer statt, wenn

α) der Kläger es in der Klagschrift und, falls das Amtsgericht die Klage an das Landgericht verwies (§ 506), vor der Verweisung beantragt hat (GVG. § 102),

β) sonst nur, wenn die Zivilkammer die Sache vor die Handelskammer verwiesen hat. Dazu ist jene nur befugt, wenn die Sache eine Handelssache ist, und nur dann, wenn der Beklagte es rechtzeitig (c) beantragt hat (§ 104). Der Antrag ist im Falle des § 101 Nr. 1 (oben 1 a) nicht zu beachten, wenn der Beklagte nicht in das Handelsregister eingetragen ist (§ 104$^{I, 2}$), so also insbesondere stets, wenn er Minderkaufmann ist. Ist in dem Prozeß über mehrere Ansprüche zu entscheiden und ist auch nur einer von ihnen keine Handelssache, so ist die Verweisung unzulässig.[48])

b) Ist eine Nichthandelssache vor die Handelskammer (a, α) gebracht, so ist sie vor die Zivilkammer zu verweisen:

α) auf rechtzeitigen (c) Antrag des Beklagten (§ 103^{I} GVG.),

β) nach Ermessen des Gerichts von Amts wegen, so auch dann, wenn der Beklagte seine Antragsbefugnis (α) verloren hat, jedoch nur so lange, als nicht auf Verhandlung zur Hauptsache ein Beschluß verkündet ist,[48a]) und nicht aus dem Grunde, daß der Beklagte nicht Kaufmann ist (§ 103^{II}).

Die Verweisung (des ganzen Prozesses) ist auch zulässig, wenn nur einer der Ansprüche, über die zu entscheiden ist, vor die Zivilkammer gehört (§ 103^{II}), und mit den unter α und β bezeichneten Beschränkungen auch dann noch, wenn ein solcher Anspruch noch nachträglich (durch Widerklage, Inzidentfeststellungsklage oder Klagänderung) erhoben wird (§ 105).

c) Die erforderlichen Parteianträge müssen vor der Verhandlung zur Sache[49]) gestellt werden (§ 106^{I}). Die Voraussetzungen der Verweisung sind von Amts wegen zu prüfen. Parteivereinbarungen sind als solche unwirksam.[50]) Die Parteien haben auf die Verweisung nur dadurch einen Einfluß, daß sie den Antrag stellen oder nicht stellen.[51]) Wird der Verweisungsantrag gestellt, so muß das Gericht von Amts wegen über ihn vorab verhandeln lassen und vorab entscheiden.[52]) Die Verweisung geschieht durch Beschluß.[53]) Ihre Versagung oder Gewährung ist unanfechtbar. Die Verweisung bindet die Kammer, an die verwiesen ist (§ 107).

---

[48]) GVG. § 104^{II} und arg. e contr. aus § 105^{I}.

[48a]) Sonach würde z. B. sogar ein familienrechtlicher Prozeß bei der Handelskammer bleiben, wenn ein Beweisbeschluß über eine die Hauptsache betreffende Tatsache verkündet wäre. Auch das Urteil wäre unanfechtbar.

[49]) Es heißt nicht: zur Hauptsache. Der Antrag ist auch dann präkludiert, wenn der Beklagte eine andere Einwendung (z. B. § 274 ZPO.) vorgebracht hat, nicht aber durch bloße Stellung eines Vertagungsantrags und selbstverständlich nicht durch Einreichung von vorbereitenden Schriftsätzen.

[50]) Dies wird durch § 104^{IV} bestätigt. — A. M. Planck I 42,3, auch Wach I 368[15] insofern, als er die außergerichtliche Vereinbarung als wirksam betrachtet. M. E. sind die Grundsätze über die Zuständigkeit auch in dieser Beziehung unanwendbar.

[51]) Auf den Grund, aus dem der Antrag nicht gestellt wird, kommt nichts an. Es ist völlig gleichgültig, ob der Beklagte, der ihn nicht stellt, den Willen hatte, daß die Kammer entscheide, gleichgültig auch, ob ihn ein Verschulden trifft oder nicht. Der § 274^{III} (Nachholung wegen mangelnden Verschuldens) ist unanwendbar, weil es sich hier nicht um Zuständigkeit verschiedener Gerichte handelt.

[52]) Auch dies steht in deutlichem Gegensatz zu der Behandlung der Rüge der Unzuständigkeit (§ 275). — Zwischenurteil (bei Verwerfung des Antrags) ist möglich, aber nicht geboten (§ 303 ZPO.).

[53]) Anders in den Fällen §§ 276, 505 (oben IV 2). Im Texte handelt es sich eben nicht um Prozeßabweisung mit Wechsel des Prozeßsubjekts. Das Gericht bleibt dasselbe.

3. Die örtliche Zuständigkeit der erstinstanzlichen Gerichte (Gerichtsstand).[1]

§ 98.

Einleitung.

I. Die Regelung der örtlichen Zuständigkeit beruht darauf, daß jedem Gericht ein bestimmtes räumlich abgegrenztes Gebiet als Gerichtsbezirk zugewiesen ist. Das GVG. überläßt ihre Bestimmung dem Landesrecht.[2] Dieses gibt sie entsprechend den praktischen Bedürfnissen in der Regel so, daß der Bezirk eines Gerichts sich mit dem einer politischen Gemeinde deckt oder die Bezirke mehrerer Gemeinden umfaßt. Bei großen Städten kommt es jedoch auch vor, daß der Stadtbezirk in mehrere Gerichtsbezirke geteilt ist. Die Zulässigkeit einer solchen Teilung wird in ZPO. § 14 als selbstverständlich vorausgesetzt. Der Gerichtsbezirk kann also einerseits größer sein als der Bezirk des Ortes, in dem das Gericht seinen Sitz hat, anderseits aber auch kleiner als der Ortsbezirk. In dem letzten Falle ist es auch zulässig, daß die Bezirke mehrerer Gerichte, denen gewisse Teile einer Gemeinde (z. B. Berlin) zugewiesen sind, außerdem noch Bezirke anderer Gemeinden umfassen. Nicht gefordert ist vom Reichsgesetz, daß das Gerichtsgebäude sich in dem Gerichtsbezirk befinde.[3]

Ist der einheitliche Gemeindebezirk in mehrere Gerichtsbezirke eingeteilt, so ist da, wo das Gesetz die örtliche Zuständigkeit nach einer örtlichen Beziehung bestimmt, derjenige Teil des Gemeindebezirks maßgebend, für welchen der konkrete Zuständigkeitsgrund (z. B. der Wohnsitz, der Aufenthalt) in dem

---

[1] ZPO. §§ 12—40. — Wach I §§ 28, 39f., Planck I §§ 12f., Schmidt § 45, Weismann I §§ 29f. Kommentare zu §§ 12—40. Besonders reichhaltige Nachweise über die umfangreiche Judikatur betr. die Einzelfragen geben Skonietzki-Gelpcke, Gaupp-Stein und Petersen.

[2] Dieses bestimmt die Bezirke der Landgerichte und Oberlandesgerichte in der Regel durch Gesetze (Preußen: Ges. v. 4. März 1878), während die Bestimmung der Amtsgerichtsbezirke durch Gesetz (Preußen: AG. z. GVG. Art. 21) in den Weg der landesherrlichen Verordnung (Preußen: Königliche VO. vom 26. Juli 1878 und vom 5. Juli 1879) gewiesen ist. Im Laufe der Jahre sind mehrfach Änderungen eingetreten, eine besonders wichtige durch das Preußische Ges. v. 16. Sept. 1899 betr. die Gerichtsorganisation für Berlin und Umgebung. Vgl. Heinitz DJZ. 1899 S. 193, Munck das. 211, Otto Stölzel ZZP. 34 35f., Jastrow ZZP. 34 433f., Foller, Über den Einfluß einer Änderung der Gerichtsbezirke (Diss. 1904), Nußbaum, Die neue Berliner Gerichtsorganisation (1906), Gutfeld, Die örtl. Zust. der Berliner Gerichte (1906), Eccius bei Gruchot 50 209f., Friedrichs, Die Überleitung der Geschäfte auf die neuen Gerichte (1906). Aus früherer Zeit: Betzinger ZZP. 17 429, Koppers Arch. f. öff. R. 9, 201f.

[3] So befindet sich das Gebäude des Landgerichts Berlin III, welches auch Teile von Berlin umfaßt, in Charlottenburg, das Landgericht München II, welches nicht den Stadtbezirk München umfaßt, in München. — Wird von allen diesen Fakultäten Gebrauch gemacht (wie es in Berlin durch das Gesetz von 1899 [Note 2] geschehen ist), so entsteht allerdings eine so komplizierte Gerichtsorganisation, daß die Wahl des zuständigen Gerichts außerordentliche Schwierigkeiten bereitet.

für die Zuständigkeit in Betracht kommenden Zeitpunkte zutrifft.[4]) Bezieht sich aber der Zuständigkeitsgrund nicht auf einen bestimmten Teil des Gemeindebezirks, sondern auf diesen im ganzen,[5]) so ist jedes der Gerichte, zu deren Bezirk auch nur ein Teil dieses Gemeindebezirks gehört, zuständig, es sei denn, daß durch Gesetz oder durch eine auf ihm beruhende Anordnung[6]) oder durch die für das fragliche Verhältnis maßgebende Vereinbarung ein bestimmter Teil des Gemeindebezirks als maßgebend bezeichnet ist.

II. Die Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit regeln die Frage, welches konkrete Gericht für das bestimmte Geschäft zuständig ist, bei der Klage also die Frage, welches Amtsgericht bzw. Landgericht das zuständige Prozeßgericht ist.[7]) Gerichtsstand (forum) bedeutet sowohl den Grund, aus dem das Gesetz diese Zuständigkeit bestimmt, als auch die Folge dieser Vorschrift: die Unterwerfung[8]) der Parteien unter die Gerichtsgewalt des bestimmten Gerichts. Das Gesetz bestimmt die Gerichtsstände in der Regel[9]) mit Rücksicht auf die räumliche Beziehung, in der die Person oder das den Prozeßgegenstand bildende Rechtsverhältnis zu dem Gerichtsbezirk steht.

Die Vorschriften über örtliche Zuständigkeit haben auch nach einer ganz anderen Richtung Bedeutung. Sie begrenzen indirekt auch die deutsche Gerichtsbarkeit. Wir nehmen diese für unsere Gerichte in Anspruch, soweit für den Rechtsstreit ein (irgend ein) deutsches Gericht für zuständig erklärt ist. Ist dies nicht geschehen, so erhellt daraus, daß den deutschen Gerichten die Gerichtsbarkeit fehlt. Diese Funktion der Zuständigkeitsordnung ist bereits im ersten Bande (§§ 15 bis 17) dargestellt.

III. Arten der Gerichtsstände.

Von verschiedenen Gesichtspunkten aus ergeben sich die folgenden, sich kreuzenden Einteilungen.

1. Allgemeine und besondere Gerichtsstände.

Erstere (unten § 99) sind diejenigen, welche die Zuständigkeit eines

---

[4]) So die herrschende Meinung. Das Gegenteil sucht Gutfeld (Note 2) nachzuweisen. Gegen ihn ist die Ausführung von Eccius (Note 2) gerichtet. Gutfeld meint z. B., daß der Gerichtsstand des Wohnsitzes bei jedem Berliner Landgericht begründet ist, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz irgendwo in Berlin hat. Richtig ist, daß sich vom Standpunkte der herrschenden Meinung aus große Unzuträglichkeiten ergeben müssen. Aber diese hat ein Gesetz zu beseitigen. Vgl. unten VIII.

[5]) So der fingierte Wohnsitz des § 15, so der Erfüllungsort, wenn als solcher der Gemeindebezirk (ohne nähere Begrenzung) festgesetzt ist („Erfüllungsort ist Berlin"). — Vgl. auch unten VII.

[6]) Solche ist vorgesehen in ZPO. §§ 14, 15, 19, 27 II, 606 II, III, 642, 648 II und für Berlin ergangen in den Verfügungen des Reichskanzlers vom 21./4. 1906 (Reichsgesetzblatt S. 463/4) und des preuß. Justizministers vom 23., 24., 25./4. 1906 (Justizministerialblatt S. 125 bis 128). (Berlin-Mitte und Landgericht I.)

[7]) Die Zuständigkeit für die Entscheidung des Prozesses bedeutet noch nicht, daß dieses Prozeßgericht alle einzelnen Amtshandlungen vornehmen darf. Möglicherweise muß für eine solche die „Rechtshilfe" des Gerichts eines anderen Bezirks in Anspruch genommen werden. Hierüber u. § 107.

[8]) Nicht etwa nur die Pflicht, sich zu unterwerfen. Vgl. o. § 69 S. 30.

[9]) Ausnahmen gelten da, wo das Gesetz lediglich mit Rücksicht auf die Exterritorialität (ZPO. § 15) oder die deutsche Staatsangehörigkeit eines Beteiligten (§ 27 II, 606 II, III) einen Gerichtsstand schafft.

Gerichts für alle gegen eine Person zu erhebenden Klagen begründen, sofern nicht für eine Klage ein „ausschließlicher" besonderer Gerichtsstand begründet ist (§ 12).

Besondere Gerichtsstände (unten §§ 100—105) sind alle anderen. Unter ihnen heben sich wieder diejenigen heraus, welche nicht nur eine einzelne Streitsache, sondern generell eine gewisse Masse von Rechtsstreitigkeiten umfassen, wie z. B. der Gerichtsstand des dauernden Aufenthalts.

2. Sachliche und persönliche Gerichtsstände.

Sachlich heißt der Gerichtsstand, wenn er objektiv, lediglich mit Rücksicht auf den Prozeßgegenstand, bestimmt ist (z. B. beim Gerichtsstand der belegenen Sache oder des Erfüllungsorts). Bei den persönlichen Gerichtsständen kommt es auf die persönliche Beziehung der Partei (z. B. den Wohnsitz) an. Hier gilt die Regel, daß es auf die Person der zu beklagenden Partei ankommt (actor forum rei sequitur).

Auch bei den sachlichen Gerichtsständen kann die Person einer Partei insofern in Betracht kommen, als es sich um ein persönliches Rechtsverhältnis handelt und dieses mit Rücksicht auf die Person eines Beteiligten als dem Gerichtsbezirk angehörig gilt.[10])

Der persönliche Gerichtsstand ergreift nur diejenige Person, bezüglich deren der Zuständigkeitsgrund zutrifft. Demnach begründet der persönliche Gerichtsstand des einen Gesamtschuldners nicht einen Gerichtsstand für den anderen, so auch nicht bei dem Bürgen und bei den Mitgliedern eines nicht rechtsfähigen Vereins oder einer offenen Handelsgesellschaft.[10a]) Der sachliche Gerichtsstand ergreift nur diejenige Person, die Subjekt des Rechtsverhältnisses ist, auf welches sich der Kompetenzgrund bezieht. So ist also der Umstand, daß für den einen Gesamtschuldner der Gerichtsstand des Erfüllungsortes an dem einen Orte begründet ist, gegenüber dem anderen Gesamtschuldner (auch dem Bürgen) ohne Bedeutung. Für den anderen kommt es nur darauf an, wo für ihn der Erfüllungsort ist.[10b])

---

[10]) So z. B. bei dem Gerichtsstand in Ehestandsachen, der dort ist, wo der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat (§ 606 I). Daß er sachlich ist, zeigt sich darin, daß er auch für die Klagen des Ehemanns gilt (auch dann, wenn die Frau — ausnahmsweise — einen selbständigen Wohnsitz hat) oder wenn es sich um die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der Ehe handelt.

[10a]) A. M. Seuffert, Erl. 4 a. E. zu § 22 (der Gerichtsstand der Niederlassung der Gesellschaft soll auch gegen die Gesellschafter begründet sein).

[10b]) Eine andere materiellrechtliche Frage ist es, ob deshalb, weil für den prinzipalen Schuldner der Erfüllungsort an einem bestimmten Orte ist, auch der akzessorisch haftende Schuldner an diesem Orte zu erfüllen hat. Dies ist zu bejahen bei allen Schuldnern, welche nachträglich akzessorisch in die Schuld eintreten (so auch beim Ehemann nach BGB. §§ 1411 f., 1459) vgl. näher o. Bd. 1 § 41 —, aber auch bei den offenen Handelsgesellschaftern in ihrer Haftung für die Schulden der Gesellschaft (so auch RG. 32 Nr. 11). Sehr streitig ist es bei der Bürgschaft. Daraus, daß der Erfüllungsort Bestandteil der Leistung sei, läßt sich die Identität des Erfüllungsorts nicht ableiten. Sonst müßte sie bei allen Gesamtschuldnern vorhanden sein. M. E. kommt es auf die Vertragsauslegung an. Hat

3. Gesetzliche und gewillkürte Gerichtsstände. Unter den letzteren versteht man solche, die durch Vereinbarung der Parteien oder durch ein dieser gleichgestelltes Verhalten (Prorogation) begründet sind,[11] unter den gesetzlichen alle anderen.

4. Ausschließlich sind diejenigen Gerichtsstände, die in dem Gesetz so bezeichnet sind oder sich auf einen nicht vermögensrechtlichen Rechtsstreit beziehen. Wo eines von beiden zutrifft, kann ein anderes Gericht weder zuständig sein noch auch durch Prorogation zuständig werden.[12] Die ausschließliche örtliche Zuständigkeit hat eine besondere Bedeutung für die Gerichtsbarkeit. Wo sie bestimmt ist, fehlt den ausländischen Gerichten schlechthin die Gerichtsbarkeit, und ihre Ausübung kann in diesen Fällen gegenüber den deutschen Gerichten keinerlei Wirkung haben.[13]

IV. Für denselben Rechtsstreit können mehrere Gerichtsstände nebeneinander begründet sein. Dann hat der Kläger die Wahl (§ 35). Hat er die Klage erhoben, so werden dadurch die anderen Gerichte nicht etwa unzuständig, aber es erwächst daraus die Einrede der Rechtshängigkeit, solange letztere andauert (§ 263 II Nr. 1). Durch (gültige) Vereinbarung kann die Wahl beschränkt oder ausgeschlossen werden.[14]

Auch ausschließliche Gerichtsstände können miteinander konkurrieren.[15]

Bei Klagenhäufung ist die Zuständigkeit für jeden Anspruch zu prüfen.

V. Die Unzuständigkeit eines Gerichts begründet, wenn der Rechtsstreit unter die deutsche Gerichtsbarkeit fällt, nicht einen Mangel der Gerichtsgewalt, sondern bedeutet nur, daß das Gericht in diesem Prozeß keine Entscheidung fällen darf. Die Nichtbeachtung dieses Verbots hat verschiedene Folgen. Niemals erwächst daraus die Nichtigkeitsklage. In vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist sogar schlechthin die Revision ausgeschlossen.[16]

VI. Veränderung des Prozeßgegenstandes im Laufe des Prozesses.

1. Sie kann in der Weise eintreten, daß der Kläger an Stelle des ursprünglichen Prozeßgegenstandes einen anderen setzt (§ 265) oder daß er neben jenem einen zweiten Anspruch (§ 268 Nr. 2, 3, § 280) erhebt.

---

der Hauptschuldner die Leistung an einem besonderen Erfüllungsort zugesagt, so wird die Verbürgung im Zweifel in dem Sinne auszulegen sein, daß er für die Leistung an diesem Orte einzustehen verspricht. So auch die herrschende Meinung. A. M. Staub bei Gruchot **45** 220, Exkurs zu HGB. § 372 Anm. 9, Örtmann, Erl. 2a zu § 767; dagegen Türk bei Gruchot **44** 837 f., **46** 49 f.

[11]) Vgl. §§ 38/9 (unten § 106).

[12]) Vgl. o. §§ 94 17a. Wie die Zuständigkeit überhaupt, so bezieht sich auch die ausschließliche nur auf die Klage, nicht auf die verteidigungsweise geschehende Geltendmachung eines Anspruchs. So wird auch die Aufrechnung einer Forderung vor dem Gerichte A nicht dadurch ausgeschlossen, daß für ihre Geltendmachung durch Klage ein anderes Gericht ausschließlich zuständig ist (RG. 35 S. 381).

[13]) Vgl. ZPO. § 328 Nr. 1, 722/3, o. Bd. 1 § 16 4, § 20 I 2, § 21.

[14]) Vgl. u. § 106, II, III, 1, e.

[15]) So z. B. gemäß BGB. § 7 II mit ZPO. §§ 12/3; ferner ZPO. § 689 II.

[16]) Hierüber ist schon in § 94 das Nähere dargelegt worden, vgl. nam. S. 175 f.

2. Hier müssen voneinander geschieden werden

a) die Frage der prozessualen Zulässigkeit dieser Art der Geltendmachung (durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung anstatt durch Zustellung der Klagschrift) und

b) die Frage der Zuständigkeit.

Ist die erste Frage, auf die hier noch nicht eingegangen werden kann, zu verneinen, so muß aus diesem Grunde die Prozeßabweisung in Beziehung auf die neue Klage erfolgen.

Beispiel: Die Klägerin klagt gegen den Beklagten als ihren Ehemann an dessen Aufenthaltsort (§ 20) auf Unterhaltsgewährung und beantragt dann, da der Beklagte die Gültigkeit der Ehe bestreitet, die Feststellung ihres Bestehens. Rügt der Beklagte die Unzuständigkeit des Gerichts, weil die Inzidentfeststellungsklage ausschließlich vor das Gericht seines Wohnsitzes gehöre (§ 606), so hat doch das Gericht die Prozeßabweisung wegen der Unzulässigkeit der Klagenverbindung (§ 615) auszusprechen.

Ist aber die Art der Klagerhebung zulässig, so ist die Frage nach der Zuständigkeit damit noch nicht erledigt. Sie beurteilt sich nach dem neuen Prozeßgegenstande. Es ist möglich, daß das Gericht bezüglich desselben zuständig ist, während ihm die Zuständigkeit für den ursprünglichen Gegenstand der Klage fehlt.

Zur Veranschaulichung diene folgendes Beispiel. Der Kläger erhebt vor dem (unzuständigen) Gerichte des Wohnsitzes des Beklagten die Widerspruchsklage wegen einer in einem anderen Gerichtsbezirk vollzogenen Pfändung (ZPO. § 771). Im Laufe des Prozesses wird die Vollstreckung durch Auszahlung des Erlöses an den Gläubiger beendigt und der Kläger stellt, bevor die Prozeßabweisung hinsichtlich der Widerspruchsklage erfolgt ist, den Antrag, den Beklagten zur Auszahlung des Erlöses zu verurteilen. Hier ist das Gericht für die prinzipale Klage absolut unzuständig (ZPO. § 793). Für die Aburteilung über den Ersatzanspruch aber besitzt es die Zuständigkeit. Ebenso ist es, wenn die Eigentumsklage bezüglich eines Grundstücks vor dem Gerichte des Wohnsitzes des Beklagten erhoben ist, während ein anderes Gericht für sie die ausschließliche Zuständigkeit besitzt, weil das Grundstück in dem Bezirk des letzteren liegt (§ 24). Macht nun der Kläger im Laufe des Prozesses statt des dinglichen Eigentumsanspruchs den persönlichen Ersatzanspruch geltend, weil der Beklagte das Grundstück wirksam veräußert hat, so fehlt dem Prozeßgericht die Zuständigkeit für den nunmehr erhobenen Anspruch nicht deshalb, weil es für den prinzipalen Anspruch absolut unzuständig war und deshalb den Prozeß über diesen durch Prozeßabweisung erledigen muß.

In solchen Fällen kann nur das in Frage sein, ob nicht die Notwendigkeit der Prozeßabweisung, die wegen des prinzipalen Anspruchs erfolgen muß, es ausschließt, daß der Ersatzanspruch in demselben Verfahren verfolgt werden kann. Dies ist zu verneinen.

VII. Bezüglich der für die örtliche Zuständigkeit maßgebenden Zeit gelten die bereits in § 94, V entwickelten allgemeinen Grundsätze. Hier ist nur auf die Frage hinzuweisen, wie es sich mit der Zuständigkeit verhält, wenn während der Rechtshängigkeit eine Änderung in der Organisation der Gerichte eintritt. Die Antwort ist in Ermangelung von gesetzlichen Vorschriften [17]) aus allgemeinen Gesichtspunkten zu gewinnen.

1. Wird ein Gericht einfach aufgehoben, indem sein Gerichtsbezirk dem eines anderen zugeschlagen wird, so kann die Rechtsfolge nicht zweifelhaft sein. Der Prozeß erlischt nicht etwa, sondern wird vor demjenigen Gerichte weitergeführt, dem der Bezirk zugeteilt ist. Anders ausgedrückt: das Prozeßverhältnis dauert fort, an Stelle des aufgehobenen Gerichts sukzediert das andere Gericht in das Prozeßverhältnis.[18])

2. Wird ein Gerichtsbezirk geteilt oder werden die Bezirke geändert, so ist zu unterscheiden:

a) Hebt das Gesetz ein bisher bestehendes Gericht auf, so gehen die anhängigen Prozesse an das neue Gericht über, welches an die Stelle des aufgehobenen getreten ist.

b) Werden aber nur die Bezirke der mehreren Gerichte geändert, so daß diese selbst bestehen bleiben, oder werden einem neu errichteten Gericht Teile des alten einheitlichen Gerichtsbezirks zugewiesen, so tritt das neue Gericht nicht in das Prozeßverhältnis; der Prozeß geht bei dem Gerichte weiter, bei dem er begonnen worden ist.[19])

In beiden Fällen sind neue Prozesse bei demjenigen Gericht anhängig zu machen, dessen Gerichtsbezirk der die Zuständigkeit begründende Umstand angehört. Die Berufung geht an dasjenige Gericht, das zur Zeit ihrer Einlegung dem entscheidenden Gericht übergeordnet ist.

Ob bei der Veränderung der Gerichtsorganisation die Aufhebung des Gerichts (a) oder bloß die Veränderung seines Bezirks (b) gewollt ist, ist durch Auslegung des Gesetzes festzustellen.

VIII. Muß die Prozeßabweisung wegen örtlicher Unzuständigkeit erfolgen, so kann nach dem jetzt geltenden Rechte nicht etwa die Überweisung an das zuständige Gericht stattfinden. Die Klage muß bei dem zuständigen Gericht neu erhoben werden [20]); die Rechtshängigkeit setzt sich nicht fort; es entstehen doppelte Prozeßkosten.

---

[17]) Die Bestimmungen, welche für die Übergangszeit von 1879 gegeben sind (Preußen: Ges. vom 31. 3. 1879), sind nicht anwendbar.

[18]) Nur in diesem Sinne kann von einer Sukzession die Rede sein, natürlich aber nicht von einer abstrakten Nachfolge des einen Gerichts in die Rechtspersönlichkeit des aufgehobenen. Diesen Unterschied verkennt Friedrichs (Note 2) 7[5].

[19]) So auch die herrschende Meinung (Literatur o. Note 2) gegen Betzinger und Koppers. Auf die Einzelheiten über diese Übergangsfragen kann hier nicht näher eingegangen werden.

[20]) Einige Milderung der sich hieraus ergebenden materiellen Rechtsfolgen bringt der § 212 BGB. — Man beachte, daß der Klage die Einrede der Rechts-

Dem praktischen Bedürfnisse entspricht diese Regelung nicht. Das Gesetz kann die Verweisung hier geradeso gut eintreten lassen, wie in den bereits auf Seite 209 behandelten Fällen der sachlichen Unzuständigkeit. Soll unser Rechtsleben nicht großen Schaden leiden, so ist die Verweisung zum mindesten in den Fällen zu fordern, in denen ein Gemeindebezirk in verschiedene Gerichtsbezirke geteilt ist. Und zwar muß das Gesetz das Verhältnis der verschiedenen Gerichte hier so behandeln, als wären sie Abteilungen desselben Gerichts;[21]) die Verweisung muß durch (unanfechtbaren) Beschluß ergehen, und die Prozeßkosten dürfen hier nicht verdoppelt werden. Daß die Klage, die vor dem Landgericht I statt vor dem Landgericht II erhoben wurde, abzuweisen ist und wiederholt werden muß, ist ein Unding. Freude an einer solchen Regelung kann nur der böswillige Beklagte haben, außer ihm höchstens noch, wer an der Vervielfältigung der Prozeßkosten interessiert ist.

§ 99.

a) Die allgemeinen Gerichtsstände.

I. Bei physischen Personen bestimmt sich der allgemeine Gerichtsstand für Klagen bei den inländischen Gerichten in erster Linie nach ihrem Wohnsitz (1), in zweiter Linie nach dem Aufenthalt im Reiche (2) und, wenn ein Wohnsitz fehlt und ein Aufenthalt im Reich nicht bekannt ist, nach ihrem letzten Wohnsitz (3).

1. Der Gerichtsstand des Wohnsitzes (§ 13).

Er ist ebenso wie die beiden anderen ein persönlicher. Es kommt also auf die Person, die beklagt werden soll, an (§ 12).

a) Ob und wo der Wohnsitz rechtswirksam begründet wurde, wie lange er dauert, ob gleichzeitig ein mehrfacher Wohnsitz besteht: das alles bestimmt sich nach den Vorschriften des BGB. §§ 7 bis 11, auf die das Prozeßgesetz stillschweigend Bezug nimmt.[1]) Neben dem BGB. oder an seiner Stelle kommen bezüglich der bezeichneten materiellrechtlichen Frage die Vorschriften des Landesprivatrechts nur insofern in Betracht, als das Einführungsgesetz zum BGB. es gestattet, also nur hinsichtlich der Landesherrn und der ihnen gleichgestellten Personen.[2])

Für Militärpersonen wird der (gesetzliche) Wohnsitz durch § 9 BGB.

---

hängigkeit entgegensteht, solange das prozeßabweisende Urteil nicht rechtskräftig geworden ist. — Die Terminsanberaumung kann nicht wegen Unzuständigkeit verweigert werden. Aber der Vorsitzende kann auf diese aufmerksam machen und dadurch den Kläger veranlassen, das Gesuch zurückzuziehen. Ein wohlwollender Richter tut dies, wenn ein offenbarer Irrtum über die Zuständigkeit vorliegt.

[21]) Eine Frage von sekundärer Bedeutung ist, ob man die Verweisung von Amts wegen gestatten will.

[1]) Die alte ZPO. (§§ 14, 15, 17) enthielt einzelne Bestimmungen über den Wohnsitz, die durch die Novelle beseitigt sind und als allgemein gültig in das BGB. übergingen. Über Teilung des Gemeindebezirks in mehrere Gerichtsbezirke vgl. o. § 98, I.

[2]) EG. zu BGB. § 57. — Natürlich kommt bezüglich der prinzipalen prozeßrechtlichen Frage, wo der allgemeine Gerichtsstand ist, das Recht der ZPO. bei den Landesherrn usw. nur subsidiär in Betracht (EG. zu ZPO. § 5).

bestimmt. Hinsichtlich des Gerichtsstandes ergänzt ZPO. § 14 diese Vorschrift durch die Bestimmung, daß der als Wohnsitz geltende Bezirk durch allgemeine Anordnung der Landesjustizverwaltung bestimmt wird, falls der Garnisonort in mehrere Gerichtsbezirke geteilt ist. Solange dies nicht geschehen ist, ist jedes Gericht des Garnisonortes zuständig.[3]) Für Berlin ist es geschehen durch Verfügung des Justizministers vom 23./4. 1906 (Justizministerialblatt S. 125). Zuständig ist das Amtsgericht Berlin-Mitte und das Landgericht I.

b) Fingierter Wohnsitz.

Die Kompetenz der inländischen Gerichte wird durch den Wohnsitz nur dann begründet, wenn dieser sich im Inlande befindet. Ist dies der Fall (was sich ausschließlich nach inländischem Recht bestimmt), so ist der allgemeine Gerichtsstand bei dem Gerichte des Wohnsitzes auch dann begründet, wenn die bei uns wohnende Person ein Ausländer ist. Ist aber der Wohnsitz im Inlande nicht begründet, so fehlt der allgemeine Gerichtsstand des Wohnsitzes auch dann, wenn der im Auslande wohnende Beklagte ein deutscher Staatsangehöriger ist.

Von dieser Regel macht ZPO. § 15 eine Ausnahme.[4]) Sie bezieht sich

α) auf Deutsche, welche im Auslande ihren Wohnsitz haben und dort das Recht der Exterritorialität genießen. Dies bestimmt sich nach dem ausländischen Recht.[5]) Das deutsche Recht ist maßgebend, wenn es sich um eine bei einem deutschen Bundesstaat beglaubigte diplomatische Mission eines anderen Bundesstaats oder um die nicht-preußischen Mitglieder des Bundesrats handelt (GVG. § 18 II, §§ 19—21). Die Ausnahme des § 15 ZPO. bezieht sich ferner

β) auf die im Auslande angestellten Beamten des Reichs oder eines Bundesstaates (wie z. B. Reichskonsuln, wenn sie nicht exterritorial sind, Zollvereinsbeamte), nicht aber auf Wahlkonsuln (§ 15 II) und nicht auf Militärpersonen (§ 14).

Die unter α und β bezeichneten Personen (ihre Ehefrauen und Kinder) haben, solange sie in dem bezeichneten Verhältnisse stehen, ihren allgemeinen Gerichtsstand dort, wo sie ihn zuletzt in ihrem Heimatstaat hatten und in Ermangelung eines solchen Wohnsitzes bei den Gerichten der Hauptstadt ihres Heimats-

---

[3]) Vgl. o. § 98 bei Note 6. Die Meinung, daß dann der Ort, wo die Kaserne oder das Bureau der Kommandobehörde sich befindet, entscheide (so die Kommentare zu § 14), beachtet nicht, daß der Garnisonort sich nach der kaiserlichen Anordnung bestimmt (RVerf. Art. 63 IV). Diese setzt aber nicht den Ort der Kaserne usw. fest. Die Anweisung eines bestimmten Dienstgebäudes hat nicht dieselbe Bedeutung, wie beim Privaten die Wahl einer Wohnung. Vgl. auch bei und in Note 25.

[4]) Im Sinne der folgenden lediglich die örtliche Beziehung berücksichtigenden Vorschriften sind die Schutzgebiete Ausland.

[5]) Nach den speziellen ausländischen Rechtsvorschriften (nach Art der §§ 18 I—21 GVG., die für die ausländischen Exterritorialen gelten) oder nach dem Völkerrecht (vgl. o. Bd. 1 § 18). Danach bestimmt sich auch, ob die Exterritorialität sich auf die in § 19 GVG. bezeichneten Personen bezieht.

staats.[6]) Ist die Hauptstadt in mehrere Gerichtsbezirke geteilt, so kann die Landesjustizverwaltung durch allgemeine Anordnung einen einzigen von ihnen als den als Wohnsitz geltenden Bezirk bestimmen.[7])

γ) Für einen Deutschen, der keinem Bundesstaat angehört,[8]) „gilt als Wohnsitz die Stadt Berlin", d. h. er hat dort seinen allgemeinen Gerichtsstand, wie er sonst durch den Wohnsitz bestimmt wird.[9])

Die stärkere Betonung der Staatsangehörigkeit, wie sie dem modernen Rechte eigentümlich ist, hat ferner dazu geführt, einige besondere Gerichtsstände mit Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit zu schaffen, damit gewisse Rechtsstreitigkeiten vor deutschen Gerichten ausgetragen werden können.[10])

2. Hat eine Person keinen Wohnsitz (weder im Inlande noch im Auslande)[11]), so hat sie[12]) ihren allgemeinen Gerichtsstand an demjenigen Orte (im Reich), an dem sie sich aufhält, sei es freiwillig oder gezwungen (z. B. als Untersuchungs- oder Strafgefangener), sei es für längere Zeit oder nur vorübergehend (§ 16). Hat eine wohnsitzlose Person an einem Orte in der Absicht längeren Verweilens[13]) Wohnung genommen, ohne ihren Wohnsitz zu begründen, so bleibt dieser Ort ihr Aufenthaltsort, obgleich sie ihn vorübergehend verläßt (etwa um einen kurzen Ausflug nach einem benachbarten Ort zu machen). So behält auch der wohnsitzlose Strafgefangene den allgemeinen Gerichtsstand am Orte des Gefängnisses, wenn er etwa zu einer Vernehmung an einen anderen Ort transportiert wird. Fraglich kann nur sein, ob dann an diesem letzteren Orte ein zweiter allgemeiner Gerichtsstand

---

[6]) Der § 15 ZPO. drückt dies so aus: jene Personen „behalten in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz", „als ihr Wohnsitz gilt . . .". Das ist eine Fiktion, deren Tragweite sich aus § 13 ZPO. und BGB. §§ 10/11 ergibt. (Vgl. auch RBeamtenG. v. 31./3. 1870 § 21 [Reichsbeamte, die keinem Bundesstaat angehören]). Für andere Fragen, als für die Frage nach dem allgemeinen Gerichtsstand (aber einschließlich des § 23 ZPO., unten § 100 III, 1), kommt die Fiktion des § 15 ZPO. nicht in Betracht. Das BGB. kennt keine gleichartige Vorschrift.

[7]) Sie ist ergangen für Berlin. Vgl. dazu o. § 98 bei und in Note 6.

[8]) Dies ist der Fall, wenn der Reichskanzler oder ein von ihm ermächtigter Beamter einem Ausländer, der sich in einem Schutzgebiet niedergelassen hat, oder einem Eingeborenen die Reichsangehörigkeit durch Naturalisation verliehen hat (SchutzgebG. v. 10./9. 1900 § 9).

[9]) § 15[3] ZPO. auch diese Vorschrift bezieht sich nur auf den Gerichtsstand (Note 6). — Das Note 7 Gesagte gilt auch hier.

[10]) ZPO. § 27 II, 606 II, III, 642, 648 II, 680 III, EG. zu BGB. Art. 8, 9 I. Vgl. o. Bd. 1 § 16 a. E., § 17, VI, 1.

[11]) Das trifft zu bei Vagabunden, bei herumreisenden Personen, die keinen Mittelpunkt ihres häuslichen Lebens haben, aber auch bei Personen, die nach Aufgabe ihres bisherigen Wohnsitzes die Absicht, einen anderen zu begründen, noch nicht ausgeführt haben.

[12]) Nicht etwa die Ehefrau und die ehelichen Kinder. Letztere behalten den einmal erworbenen Wohnsitz (BGB. § 11). Bei der Ehefrau kommt ihr tatsächlich vorhandener Wohnsitz in Betracht, wenn der Ehemann wohnsitzlos wird (BGB. § 10 II). Die Frau teilt mit dem Manne kraft Gesetzes den Gerichtsstand seines Wohnsitzes, nicht aber den des § 16.

[13]) Nicht nötig ist, daß der Aufenthalt ein dauernder im Sinne des § 20 ZPO. ist (vgl. u. § 100 I 1). Für den Satz des Textes genügt z. B., wenn der von Hotel zu Hotel ziehende moderne Nomade auf einige Wochen ein Zimmer nimmt.

des Aufenthalts ist, oder ob dieser nur an dem ersten Orte ist.[13a]) Nach dem Zwecke, den das Gesetz verfolgt, dürfte der doppelte Gerichtsstand anzunehmen sein. Denn dieser Zweck ist, die Klagerhebung gegen die schwer faßbaren wohnsitzlosen Personen möglichst zu erleichtern.

Dieser Gerichtsstand dauert so lange, als der Aufenthalt. Bei dem Gerichte dieses Orts ist die Klage wirksam erhoben, wenn nur ihre Zustellung erfolgt ist, solange der Aufenthalt an diesem Orte dauert.[14]) Soweit der Kläger die die Zuständigkeit bedingenden Tatsachen nachzuweisen hat,[15]) muß er erstens den Aufenthalt (im Reiche) und zweitens beweisen, daß der Beklagte wohnsitzlos ist. Letzteres positiv nachzuweisen, ist in vielen Fällen außerordentlich schwer. Es genügt, wenn er beweist, daß der Beklagte seinen letzten Wohnsitz aufgegeben hat und daß ein neuer Wohnsitz nicht zu ermitteln ist.[16])

3. Ist eine Person wohnsitzlos und ist „nicht bekannt", ob und wo sie sich im Reiche aufhält, so hat sie so lange, als diese beiden Voraussetzungen vorliegen, ihren allgemeinen Gerichtsstand da, wo sie ihren letzten Wohnsitz im Inlande gehabt hat (§ 16).

Die Klage ist auch dann vor dem zuständigen Gericht erhoben, wenn der Beklagte zur Zeit der Klagzustellung (§ 263 II Nr. 2) einen bekannten Aufenthaltsort im Ausland gehabt hat. Nur darf er zu dieser Zeit noch keinen Wohnsitz (im Inlande oder Auslande) begründet haben. Weist er dies nach, so steht die Unzuständigkeit fest, mag auch der Wohnsitz nicht bekannt gewesen sein.[17]) Dagegen genügt im weiteren, daß die wohnsitzlose Person im Inlande keinen „bekannten" Aufenthalt gehabt hat. Um dies darzutun, genügt der Nachweis, daß die nach Lage des Falles gebotenen Mittel zur Erforschung des Aufenthalts erfolglos gebraucht sind.[18]) Ist unter solchen Umständen die Klage erhoben, so kann die Zuständigkeit nicht aus dem Grunde in Frage gestellt werden, daß nachher der Aufenthalt

---

[13a]) Wach I, 416 [4] lehrt, daß der Gerichtsstand des sog. dauernden Aufenthalts (§ 20) mit unserem allgemeinen Gerichtsstand des Aufenthalts in Konkurrenz stehe. Das scheint zu heißen, daß nur der momentane wirkliche Aufenthalt (z. B. des Gefangenen am Orte der Vernehmung) den allgemeinen Gerichtsstand begründen könne.

[14]) ZPO. § 263 II Nr. 3. Öffentliche Zustellung kann in diesen Fällen nicht in Betracht kommen (arg. § 202), wohl aber Ersatzzustellung (§ 181 f.), so z. B. wenn der im Hotel wohnende Beklagte bei der Zustellung in seiner Wohnung nicht angetroffen wird. In den bei Note 13 erwähnten Fällen ist es auch zulässig, daß die Zustellung an einem Orte außerhalb des Gerichtsbezirks, in dem er die Wohnung hat, erfolgt. Nur muß sie dann an den Beklagten persönlich geschehen (§ 180).

[15]) Vgl. hierüber o. § 94 S. 179. [16]) Vgl. bei Note 18.

[17]) Trotzdem hat sich das Gericht mit dem Nachweis zu begnügen, daß der Beklagte den Wohnsitz in diesem Bezirke hatte, daß er ihn aufgegeben hat und daß ein neuer nicht zu ermitteln ist. (Mit Recht betrachtet RG. 27 S. 401 dies als genügend.) Die Frage des Textes ist damit noch nicht entschieden.

[18]) Hierüber entscheidet richterliches Ermessen. Der Nachweis, daß ein Steckbrief erlassen ist, wird genügen, ebenso aber auch ein Zeugnis der zuständigen Polizeibehörden.

des Beklagten festgestellt wird oder daß dieser nachweist,[18a]) wo er sich im entscheidenden Zeitpunkte aufhielt. Als Art der Zustellung kommt in diesen Fällen die gewöhnliche Zustellung in Betracht, wenn der Beklagte einen bekannten Aufenthaltsort im Auslande hat, sonst aber ausschließlich die öffentliche Zustellung (§ 202).[19])

II. Der allgemeine Gerichtsstand der juristischen Personen und der selbständigen Sondervermögen. Er wird bestimmt

1. bezüglich des Fiskus: durch den Sitz der Behörde, welche berufen ist, den Fiskus (Reichsfiskus oder Landesfiskus) in dem Rechtsstreite zu vertreten;[20])

2. für Gewerkschaften: durch die Lage des Bergwerks, d. h. der Betriebsstätte;[21])

3. im übrigen für die juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts: durch ihren Sitz. Als solcher gilt der Ort, wo die Verwaltung geführt wird, es sei denn, daß ihr Sitz durch Gesetz, Verordnung oder Statut bestimmt ist.[22]) Dasselbe gilt für die Vereine und „Vermögensmassen", die als solche verklagt werden können.[23])

4. Für Behörden, die als solche (d. h. nicht nur als Organe des Staates, so daß dieser Prozeßsubjekt ist) verklagt werden können: durch ihren Amtssitz (§ 17 II).

Neben dem sich hiernach bestimmenden allgemeinen Gerichtsstande ist

---

[18a]) A. M. Gaupp-Stein, Erl. IV zu § 16.

[19]) Zweifel entstehen, wenn die öffentliche Zustellung von dem Gericht des letzten Wohnsitzes bewilligt wurde, weil der Aufenthalt nicht bekannt war, wenn aber der Aufenthalt bekannt wird, ehe die Klage nach § 206 als zugestellt gilt (einen Monat nach der letzten Einrückung). Man nehme als Beispiel, daß am 1. Mai die öffentliche Zustellung vom Landgericht Berlin (letzter Wohnsitz) bewilligt wurde, daß am 10. Mai die letzte Einrückung erfolgte und daß der wohnsitzlose flüchtige Beklagte am 25. Mai in Hamburg ergriffen ist und sich zur Zeit der Verhandlung im dortigen Untersuchungsgefängnisse befindet. Die Zustellung gilt zwar am 11. Juni als erfolgt, obgleich der Aufenthalt bekannt geworden ist. Aber zu dieser Zeit trifft die Zuständigkeitsvoraussetzung des § 16 nicht mehr zu. Muß nun das Berliner Gericht die Unzuständigkeit aussprechen? Der § 207 I kann seinem Wortlaut nach nicht helfen, weil er die Rückwirkung nur in Beziehung auf andere Verhältnisse festsetzt. Nur eine ausdehnende Auslegung kann helfen. Auch hier würde unser Rechtszustand befriedigender und klarer werden, wenn schlechthin die Einreichung der Klagschrift als der für die Entstehung der Rechtshängigkeit maßgebende Zeitpunkt bestimmt werden würde.

[20]) ZPO. § 18. Vgl. dazu unten § 123 I 4.

[21]) § 17 II. Vgl. RG. 32 S. 384 f. (Erstreckung des Grubenfelds über mehrere Bezirke).

[22]) § 17 I. Bezüglich der privatrechtlichen Vereine, Stiftungen und Anstalten vgl. BGB. §§ 24, 80 [3].

[23]) § 17 I. Vgl. über diese hier als selbständige Sondervermögen bezeichneten Gebilde o. Bd. 1 § 46 und u. § 112. Nicht nur bei der offenen Handelsgesellschaft und dem nichtrechtsfähigen Verein, sondern auch bei der Konkursmasse und dem Nachlasse unter Nachlaßverwaltung usw. muß es einen allgemeinen Gerichtsstand für die gegen den Verwalter zu erhebenden Klagen geben. Er ist nicht an dem Orte, wo der Gemeinschuldner oder der Erbe jetzt wohnt, auch nicht am Wohnsitz des Verwalters, wie diejenigen annehmen müßten, die den Verwalter als Partei betrachten, sondern dort, wo die Konkursverwaltung usw. geführt wird.

ein durch Statut oder in anderer Weise besonders geregelter Gerichtsstand zulässig (§ 17 III). Er kann nur als elektiv konkurrierender Gerichtsstand bestimmt werden, nicht etwa an Stelle des auch für die juristischen Personen notwendigen und nach § 17 I, II sich bestimmenden allgemeinen Gerichtsstandes.[24]) Er ist von besonderer Wichtigkeit für juristische Personen oder Gesellschaften, deren Sitz im Auslande ist und die im Inlande einen Geschäftsbetrieb haben.

Ist der Ort, an dem nach diesen Vorschriften der Gerichtsstand ist, in mehrere Gerichtsbezirke geteilt, so kommt es bei der Frage, welches Gericht zuständig ist, darauf an, ob Gesetz, Statut oder Vertrag einen bestimmten Teil des Ortes oder diesen im ganzen als Sitz der Behörde oder Verwaltung bestimmen. Im ersten Fall scheiden die Gerichte der anderen Bezirke aus. Im anderen Falle aber ist ohne Rücksicht auf die Lage des Verwaltungsgebäudes jedes Gericht zuständig,[25]) es sei denn, daß eine allgemeine Anordnung etwas anderes bestimmt hat. Diese ist in § 19 zugelassen, soweit es sich um Behörden handelt (Reichskanzler, Landesjustizverwaltung).[26])

§ 100.

b) Besondere generelle Gerichtsstände für vermögensrechtliche Klagen. Gerichtsstand des Klagegegenstandes.

Das gemeinsame der in diesem § zusammengefaßten besonderen Gerichtsstände liegt darin, daß sie einen großen Kreis von Rechtsstreitigkeiten (aber nur vermögensrechtlichen) ergreifen. Anhangsweise wird auch der Gerichtsstand des Klagegegenstandes dargestellt (III, 4).

I. Der Gerichtsstand des sog. dauernden Aufenthalts (§ 20).[1])

1. Voraussetzungen.

a) Er ist dort, wo die zu beklagende Person „unter Verhältnissen, die ihrer Natur nach auf einen Aufenthalt von längerer Dauer hinweisen“, den Aufenthalt genommen hat. Das Gesetz führt als erläuternde Beispiele Dienstboten, Hand- und Fabrikarbeiter, Gewerbegehilfen, Studierende, Schüler oder Lehrlinge auf. Entscheidend ist der Zweck, zu dem der Aufenthalt genommen wird.[2]) Er muß ein vorübergehender, aber immerhin doch derart sein, daß für eine gewisse Zeit der Schwerpunkt der Tätigkeit

[24]) RG. 32 Nr. 101.

[25]) Ist im Statut nur bestimmt, daß der Sitz der Aktiengesellschaft Berlin ist, so wird dieser Sitz nicht dadurch verändert, daß die Verwaltung von der einen Straße in die andere verlegt wird. Er ist nicht ein mehrfacher, wenn die Verwaltung in mehreren Gebäuden, die in verschiedenen Gerichtsbezirken liegen, geführt wird. Vgl. auch o. Note 3 und zum Ganzen § 98, I.

[26]) Die Anordnung ist ergangen, vgl. o. § 98 Note 6.

[1]) Wach I 415, Planck I 59. [2]) S. bes. RG. 30 S. 328.

an diesen Ort gelegt, dieser also wohnsitzähnlich wird. Daß nicht der Wohnsitz an diesem Orte genommen werden sollte, wird man in der Regel daran erkennen, daß die bisherige Wohnung nicht aufgegeben wurde und der animus revertendi besteht.[3]) Unser Gerichtsstand besteht auch dann, wenn zwar die Absicht der Wohnsitzbegründung besteht, diese aber wegen eines Rechtsverbots nicht zu verwirklichen ist, wie z. B. bei der Ehefrau, die sich ohne rechtfertigenden Grund (§ 10 II BGB.) von ihrem Ehemann trennt, oder bei dem Offizier, der seinen Wohnsitz kraft Gesetzes an seinem Garnisonort hat,[4]) aber auf längere Zeit nach einem anderen Orte abkommandiert wird und unter Aufgabe der bisherigen Wohnung dorthin völlig übersiedelt.

b) Daß der Aufenthalt wirklich schon längere Zeit bestanden hat, wird nicht gefordert. Der Gerichtsstand hört dadurch nicht auf, daß der Aufenthalt vorübergehend unterbrochen wird.[5]) Also kann während dieser Zeit auch Ersatzzustellung (in der Wohnung) stattfinden (§ 181 f.). Ob der Beklagte ein Inländer oder Ausländer ist, ob er die Prozeßfähigkeit besitzt oder nicht und ob im letzteren Fall der gesetzliche Vertreter leicht erreichbar ist,[6]) ist ohne Bedeutung.

c) Eine besondere Vorschrift gilt für Militärpersonen, die nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen oder die selbständig[7]) einen Wohnsitz nicht begründen können. Auf diese Personen findet die Vorschrift des § 20 I derart Anwendung, daß an die Stelle des Aufenthaltsorts das Gericht des Garnisonorts tritt (§ 20 II). Die beabsichtigte „längere Dauer" ist also auch hier erforderlich, weshalb der § 21 keine Anwendung findet

[3]) Weitere Beispiele: Verbringung in ein Gefängnis zur Verbüßung einer Strafe von längerer Dauer; längere Badekur; Schauspieler, die für eine Sommerbühne engagiert werden; Assessoren mit einem längeren Kommissorium; Ingenieur, der einen Brückenbau leitet; Gelehrte, die in einer auswärtigen Bibliothek umfangreichere Studien betreiben. Dagegen sind nicht hierher zu rechnen der Aufenthalt des Handlungsreisenden, der gewöhnliche Gebirgsaufenthalt, die Rundreise durch verschiedene Kunststädte, der Besuch eines Verwandten oder eines Freundes, selbst wenn der Aufenthalt für längere Zeit genommen wurde, der regelmäßige Aufenthalt, den der in Charlottenburg wohnende Geschäftsmann tagsüber in Berlin zwecks Ausübung seines Gewerbes nimmt (hier hilft § 22 ZPO., s. II). In solchen Fällen ist die im Gesetze gemeinte Absicht nicht vorhanden; die „Natur" des Aufenthalts ist eine andere, als sie der § 20 meint. Ein derartiger Aufenthalt kommt als solcher für wohnsitzlose Personen in Betracht (§ 16, o. § 99 I, 2). — Zu eng ist die Auslegung von Planck I 59; sie verkennt das Wort „insbesondere" in § 20.

[4]) BGB. § 9. Anders ist es bei dem Beamten, der nur seine Residenzpflicht verletzend in einem benachbarten Ort Wohnung nimmt.

[5]) So etwa, wenn der Student eine Pfingstferienreise macht, aber anders, wenn er in der Absicht, im nächsten Semester dieselbe Universität wieder zu beziehen, nach Hause reist und seine Wohnung aufgibt; ferner etwa, wenn die Köchin während des Sommeraufenthalts der Familie nach Hause reist, anders aber, wenn sie den Dienst kündigt, um nach einer Erholungszeit wieder in derselben Stadt Dienst zu nehmen.

[6]) Für diese Fälle ist gerade die Vorschrift des § 57 II (u. § 124) gegeben.

[7]) BGB. § 8. Minderjährige können es nicht selbständig, sie gehören also hierher auch dann, wenn sie Offiziere sind.

auf den zu einer kurzen Übung eingezogenen Reservisten.[8]) Das besondere ist nur, daß hier der Gerichtsstand schlechthin am Garnisonort ist, also auch dann, wenn die Militärperson an einen anderen Ort kommandiert ist.

2. Umfang des Gerichtsstandes des dauernden Aufenthalts (§ 20).

a) Er ist ein persönlicher Gerichtsstand und umfaßt alle Klagen, welche wegen vermögensrechtlicher Ansprüche gegen die bezeichnete Person erhoben werden, nicht etwa nur solche, die sich auf den Aufenthalt beziehen. Auf Ehefrauen und Kinder des Beklagten erstreckt sich der Gerichtsstand des Ehemanns oder Vaters nicht.

b) Er konkurriert mit dem allgemeinen Gerichtsstand des Wohnsitzes, wenn dieser im Inlande ist,[9]) ferner auch mit den anderen besonderen Gerichtsständen. Nichtvermögensrechtliche Klagen können nur im allgemeinen Gerichtsstand erhoben werden.

II. Der Gerichtsstand der Niederlassung (zu gewerblichen oder landwirtschaftlichen Zwecken), § 22 ZPO.[10])

1. Er ist dort, wo eine physische oder juristische Person außerhalb ihres Wohnsitzes bzw. Sitzes

a) entweder zum Betriebe eines Gewerbes[11]) eine Niederlassung hat, von welcher aus unmittelbar Geschäfte[12]) geschlossen werden (§ 22 I). Es genügt also z. B. nicht, daß an dem Orte nur die Waren gewonnen[13]) oder hergestellt oder abgeliefert und verschickt werden, sondern sie müssen von dort aus verkauft werden, und zwar „unmittelbar", d. h. selbständig. Agenturen zur bloßen Übermittelung von Offerten an die auswärtige Geschäftsleitung gehören nicht hierher.[14]) In der Regel sind die Niederlassungen Zweiggeschäfte, aber unter den § 22 gehört auch der Fall, daß eine Person, die an dem einen Orte wohnt oder ihren Sitz hat, an einem anderen Orte die einzige gewerbliche Niederlassung besitzt.

---

[8]) So Skonietzki-Gelpcke, Erl. 5, Petersen, Erl. 8. A. M. Gaupp-Stein, Erl. III zu § 20.

[9]) Eine wohnsitzlose Person hat an dem Aufenthaltsort des § 20 den allgemeinen Gerichtsstand (§ 16), s. o. § 99 bei Note 13. Mit dem Gerichtsstand des letzten Wohnsitzes kann er nicht konkurrieren, weil dieser voraussetzt, daß der Aufenthalt des Beklagten (im Reiche) nicht bekannt ist.

[10]) Wach I 24, Planck I 60, Peter bei Gruchot 24 401 f., Stein das. 28 428 f., Brendel das. 33 232 f.

[11]) Als Beispiele führt das Gesetz eine Fabrik und Handlung auf. Auch die Reederei gehört hierher. Hier ist nach besonderer Vorschrift der Heimatshafen des Schiffes maßgebend (HGB. §§ 480, 488, 508).

[12]) D. h. diejenigen Geschäfte, welche der gewerblichen Ausnutzung der Einrichtung (Fabrik usw.) dienen. Annahme der Fabrikarbeiter genügt also nicht.

[13]) Steinbrüche, Gruben, Holzfällung, Fischereien.

[14]) So auch nicht die Agenturen einer Versicherung, wenn sie zum Abschluß die Genehmigung der Zentrale oder einer Generalagentur einholen müssen. Hierher gehören auch nicht die Eisenbahnstationen und die jetzigen preußischen Betriebsinspektionen, da diese nur die ausführenden Organe der Eisenbahndirektionen sind (RG. 50 S. 399). Die Reichsbank ist belangbar, wo sie Zweiganstalten hat, nicht wo nur Nebenstellen oder Agenturen sind (BankG. v. 14./3. 1875 § 38).

b) Der Gerichtsstand der Niederlassung besteht ferner da, wo ein Landgut („ein mit Wohn- und Wirtschaftsgebäuden versehenes Gut") bewirtschaftet wird (§ 22 II).

2. Umfang des Gerichtsstandes. Er ergreift

a) personell (als Beklagten) diejenige Person, in deren Namen und für deren Rechnung der Betrieb geführt wird.[15]) Es ist gleichgültig, ob der Beklagte der Eigentümer oder nur Nießbraucher oder Nutznießer oder Pächter ist und ob er selbst den Betrieb führt[16]) oder in seinem Namen durch Angestellte führen läßt.

b) Zeitlich ist dieser Gerichtsstand solange begründet, als die Niederlassung besteht und selbständig Geschäfte betreibt. Später kommt nur in Frage, ob an dem Ort der Niederlassung nicht ein konkurrierender besonderer Gerichtsstand (z. B. des Erfüllungsortes) begründet wurde, der den Geschäftsbetrieb überdauert.

c) Objektiv umfaßt der Gerichtsstand der Niederlassung

α) nur vermögensrechtliche Klagen;

β) nicht alle, sondern nur solche, die auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung unmittelbar Bezug haben oder (im Falle 1 b) die auf die Bewirtschaftung des Gutes sich beziehenden Rechtsverhältnisse betreffen, in dieser Begrenzung aber nicht nur die Klagen aus Vertragsverhältnissen, die von der Niederlassung eingegangen sind, sondern auch Klagen wegen unerlaubten Wettbewerbs[17]), aus dem Haftpflichtgesetz, überhaupt aus Ansprüchen, die gegen den Inhaber der Niederlassung als solchen gerichtet sind, wie z. B. nach § 833 BGB., wenn das Tier den Schaden in einem benachbarten Gerichtsbezirk gestiftet hat, so daß der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung bei dem Gerichte der Niederlassung nicht begründet ist. Gleichgültig ist, ob die Klage eine Forderung oder einen dinglichen oder Besitzanspruch (z. B. aus BGB. § 906 f. oder auf Herausgabe einer im Geschäftsbetrieb erlangten abhanden gekommenen Sache) verfolgt.[18])

---

[15]) Der § 22 kommt also nicht in Betracht gegenüber dem Verpächter, nicht gegenüber dem Eigentümer, wenn ein Nießbraucher das Gut bewirtschaftet oder das Geschäft betreibt.

[16]) Tut der Beklagte dies, so wird er in der Regel entweder an diesem Orte wohnen oder doch den dauernden Aufenthalt im Sinne des § 21 haben. Möglich ist aber auch, daß der Geschäftsinhaber z. B. in einem Vororte wohnt und regelmäßig nach dem Ort der Niederlassung fährt.

[17]) So ausdrücklich WettbG. v. 27./5. 1896 § 2 (ausschließlich für die in § 1 bezeichneten Klagen).

[18]) Zu eng RG. 30 S. 329, dem die Kommentare folgen. Es kann keinen Unterschied begründen, ob fremde Sachen im Laufe des Geschäftsbetriebs oder bei der Gründung der Niederlassung erlangt wurden. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb die Klage des Verpächters gegen den Pächter nicht in den Gerichtsstand der Niederlassung gehören sollte (richtig Wach I 429[35] gegen Gaupp-Stein), oder weshalb die Klagen wegen Anfechtung eines im Geschäftsbetrieb der Niederlassung geschlossenen Geschäfts (auf Grund der KO. §§ 29 f.) ausgenommen sein sollten (RG. bei Gruchot [illegible] S. 488, = Bolze 17 373 ZPO. verneint dies nicht, sondern betrifft den Fall, daß

III. Der sog. Gerichtsstand des Vermögens und des Klaggegenstandes (§ 23 ZPO.).[19])

Sein Zweck ist, in weitestem Umfange die Möglichkeit der vermögensrechtlichen Klage (im Inlande) gegen diejenigen Personen zu schaffen, welche entweder im Auslande ihren Wohnsitz haben oder sich im Inlande wohnsitzlos umhertreiben. Er ist aus dem preußischen Rechte übernommen (Allg. GO. I 2 § 25 und Anhang § 34). Er ist eine Erweiterung des gemeinschaftlichen forum arresti, welches dort begründet war, wo sich der zu arrestierende Beklagte oder eine mit Arrest zu belegende Sache befand. Nach der ersten Richtung ist der allgemeine Gerichtsstand des Aufenthalts (§ 16) an die Stelle des forum arresti getreten (vgl. o. § 99 II, 2), nach der zweiten Richtung der hier zu betrachtende besondere Gerichtsstand. Die Ausführung des Arrestschlags ist nicht mehr Voraussetzung,[20]) ja nicht einmal seine Möglichkeit ist nötig.[21])

1. Negative Voraussetzung ist für beide Gerichtsstände, daß die zu beklagende Partei im Deutschen Reiche keinen Wohnsitz, als juristische Person [22]) keinen inländischen Sitz (§ 17) hat. Durch den Gerichtsstand des fingierten inländischen Wohnsitzes der in § 15 bezeichneten Personen wird der Gerichtsstand des § 23 ausgeschlossen, nicht aber durch den Umstand, daß der Beklagte im Inlande den allgemeinen Gerichtsstand des § 16 (Aufenthalt) hat. Es ist gleichgültig, ob der Beklagte ein Inländer oder ein Ausländer ist. — Hat er einen Wohnsitz (im Auslande), so genügt sein Aufenthalt im Inlande als solcher nicht, wohl aber kommt er im Sinne unseres § 23 in Betracht, wenn der Beklagte Vermögensgegenstände bei sich hat.[23]).

2. Der Gerichtsstand des Vermögens.

a) Als positive Voraussetzung ist weiterhin erforderlich, daß sich zur Zeit der Klagerhebung [24]) im Bezirke des angerufenen Gerichts „Vermögen des Beklagten befindet."

α) Erforderlich und genügend ist, daß sich irgend ein Vermögensbestandteil (anders ausgedrückt: ein „Gegenstand") [25]) im Inlande befindet.

---

der Leiter der Zentrale wegen einer aus dem Geschäftsbetrieb der Niederlassung stammenden Forderung ein anfechtbares Deckungsgeschäft abschließt).

[19]) Wach I 418 f., Planck I § 15, Weismann I § 30a III, 4.

[20]) Über die historische Entwicklung s. Wach Arrestprozeß 128 f., Wetzell 503 f., Planck I 61/2. — Dieser Gerichtsstand hat eine außerordentliche Bedeutung für die Ausdehnung, in der die deutsche Gerichtsbarkeit besteht, vgl. o. Bd. 1 § 16; III, 17, VI. [21]) Vgl. Note 33.

[22]) Das Gesetz spricht von ihnen nicht, ist aber auf sie auszudehnen. So auch RG. 27 S. 422.

[23]) Hieraus ergibt sich das Verhältnis des § 23 zu § 16 und der Wert des Gerichtsstandes des Vermögens. Vgl. o. § 99 Note 11 f. — Zu beachten ist das in Note 33 Gesagte (daß die Kleidungsstücke des Beklagten unpfändbar sind, ist irrelevant).

[24]) § 263 II Nr. 2. Gelangt im Laufe des Prozesses Vermögen in den Bezirk des Prozeßgerichts, so ist die Zuständigkeit eingetreten, s. o. § 67 i. A.

[25]) Über diesen Begriff (namentlich im Hinblick auf die Rechtsnachfolge) handelt die interessante, aber in manchen Beziehungen anfechtbare Schrift von Sohm, der Gegenstand (1905) und der Aufsatz im Arch. bürg. R. 28 173 f. Sohm meint, der Begriff sei vom BGB. neu eingeführt (5). Aber der ZPO. und KO. (z. B. § 43) ist er längst bekannt gewesen. Auch das gemeine Recht hatte ihn bereits (res incorporalis).

Vermögen ist, wie gerade unsere Vorschrift zeigt, nur die Gesamtheit der geldwerten Rechte.[26])

Im Sinne unserer Vorschrift liegt es, daß nur die bereits fest begründeten,[27]) selbständigen Rechte in Betracht kommen, nicht die Gestaltungsrechte, welche nur als Ausflüsse und gewissermaßen Zubehör eines anderen Rechtsverhältnisses erscheinen oder dem Passivbeteiligten die Befugnis geben, ein bestehendes Rechtsverhältnis (fremdes Recht) zu weiterer Entwicklung zu bringen, wie z. B. Kündigungs-, Anfechtungs- oder Einrederechte, ferner nicht das Recht, eine Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen und so auch nicht das Recht, den Erbschaftserwerb eines anderen durch Anfechtung zu vernichten.[28])

Daß eine im Inlande befindliche Sache dem Beklagten gehört oder daß er ein dingliches Recht an ihr habe, ist nicht erforderlich. Es genügt, daß er das Besitzrecht hat, sei es als alleiniger Besitzer, sei es als Oberbesitzer (etwa aus Hinterlegung bei einem inländischen Verwahrer).[29]) Ferner besitzt der Beklagte auch dann im Inlande Vermögen,[30]) wenn er wegen einer ihm nicht gehörigen Sache gegen einen Inländer den Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes (BGB. §§ 861, 1007) hat.

Zum Vermögen des Beklagten gehört auch diejenige Forderung, die er gegen den Kläger selbst hat. Stand sie ihm gegen den Kläger zur Zeit der Klagerhebung zu, so ist es unschädlich, wenn der Beklagte im Prozesse mit ihr aufrechnet.[31]) Fälligkeit der Forderung ist nicht nötig. Aber sie muß bereits bestehen.[32])

Nur Gegenstände sind Objekte der „Verfügungen", aber ein Recht hört dadurch nicht auf Gegenstand zu sein, daß über dasselbe keine oder nicht jede Verfügung getroffen werden kann. [26]) Vgl. o. Bd. 1 § 41 [9].

[27]) Gegensatz: bloße Erwerbsmöglichkeiten, z. B. infolge Delation einer Erbschaft, Vertragsangebot, im Falle des § 333 BGB.

[28]) Das Anfechtungsrecht dient hier in der Regel (Ausnahme möglich nach § 2341 BGB.) nur dem ius succedendi, welches erst durch die vollzogene Anfechtung zum ius successionis (Erbrecht im Sinne des BGB.) werden kann. Vgl. o. Bd. 1 § 31 bei Note 82 f. Auch das Erbrecht im letzteren Sinne kommt für den § 23 nicht in Betracht (so auch Wach I 420, Seuffert, Erl. 2 zu § 23), aus anderem Grunde (s. a. a. O. Note 87 f.) auch nicht der sog. Erbschaftsanspruch, wohl aber die einzelnen (dinglichen, possessorischen und persönlichen) Ansprüche, die aus der Verletzung ererbter Rechte gegen inländische Verpflichtete entstanden sind. Um den Streit über das Erbrecht auszutragen, schafft der § 27 einen besonderen Gerichtsstand. Aber die Tatsache, daß hierfür im Inlande ein Gerichtsstand ist, genügt für sich allein nicht, um daraus gegen den Erbprätendenten einen Gerichtsstand für andere als in § 27/8 ZPO. genannte Klage abzuleiten.

[29]) Sohm, Gegenstand 26 betrachtet das Besitzrecht nicht als „Gegenstand", obwohl es vererblich ist und obwohl doch zweifellos über dieses Recht durch Abtretung oder sonstige Verschaffung des Besitzanspruchs verfügt werden kann. Vgl. o. Bd. 1 § 40 [26]. [30]) Vgl. dazu näher o. Bd. 1 § 31 bei Note 46 f. (S. 207).

[31]) So auch RG. 58 Nr. 65. Das Gesagte beruht darauf, daß die zivilistische Rückwirkung für das Prozeßrecht hier ebensowenig in Betracht kommt, wie in anderen Beziehungen (vgl. o. Bd. 1 § 39 nach Note 32). Aus § 263 II Nr. 2 allein könnte der Satz des Textes nicht gerechtfertigt werden.

[32]) Der Kläger kann also nicht den § 23 ZPO. anrufen, wenn zwar der Beklagte die Forderung (gegen den Kläger) behauptet, der Kläger aber sie bestreitet und etwa auf Feststellung des Nichtbestehens der Forderung klagen will. Hat aber der Kläger mit dem Beklagten als dem Verkäufer einen Kaufvertrag geschlossen, so besteht die Forderung des letzteren (auf das Kaufgeld) so lange, bis die Wandlung vollzogen ist. Wie bis dahin ein Dritter aus dieser Forderung (gegen den inländischen Käufer) einen Gerichtsstand ableiten kann, so kann es auch der Käufer selbst. So auch dann, wenn er auf Wandlung klagt, a. M. für das alte Recht RG. 3 S. 381, auch für das heutige Recht Seuffert, Erl. 2 a. E. zu § 23.

β) Damit der Gerichtsstand des Vermögens begründet sei, muß sich das Vermögensrecht des Beklagten im Bezirk des Prozeßgerichts befinden. Rechte sind ideelle Gebilde. Sichtbar befinden sie sich nirgends. Nur in einem übertragenen Sinne kann hiervon die Rede sein. Die Antwort auf die Frage, wo sie sich befinden, kann eine verschiedene sein und ist zum Teil eine sehr verschiedene je nach dem Gesichtspunkte, welcher der auf lokale Beziehungen Rücksicht nehmenden Vorschrift zugrunde liegt. Dieser Gesichtspunkt ist nicht mehr die Rücksicht auf die Zwangsbereitschaft des Gerichts (die Möglichkeit der demnächstigen Vollstreckung in diesen Gegenstand), sondern dem Gesetz genügt schlechthin der inländische Vermögensbesitz: wer im Inlande Vermögen hat, muß hier Recht geben. Aus demselben Grunde ist es auch gleichgültig, ob der Gegenstand seiner Art nach der Zwangsvollstreckung unterworfen ist,[33]) ob er, wenn er pfändbar ist, einen großen oder kleinen Wert hat[34]) und aus welchem Grunde er ins Inland gebracht ist.[35])

Eigentum und beschränkte dingliche Rechte (auch Pfandrechte) befinden sich im Inlande, wenn ihr Objekt (die Sache) sich hier befindet.[36]) Hypothekenrechte und Grundschuldrechte an einem ausländischen Grundstücke befinden sich, wenn ein Brief ausgestellt ist, im Inlande, wenn sich die Urkunde, deren Besitz zur Verfügung über das Recht nötig ist, im Inlande befindet.[37])

Bei Forderungen gilt nach besonderer Vorschrift (§ 23 ²) als der Ort, wo sie sich in Ansehung unserer Gerichtsstandsfrage[38]) befinden, schlechthin der Wohnsitz des Drittschuldners[38a]) und, wenn für die Forderung eine Sache zur Sicherheit haftet, auch der Ort, wo die Sache sich befindet.[39]) Bei Forderungen, zu deren Geltendmachung der Besitz des Papiers nötig ist (Inhaberpapiere und indossable Papiere), ist der Ge-

[33]) Vgl. z. B. ZPO. §§ 811 (z. B. Kleider), 850. Das Gesagte ist die herrschende Meinung. Es entspricht allein dem Wortlaut und der historischen Entwickelung, die auf Erweiterung des forum arresti gerichtet war. Vgl. o. bei Note 20. A. M. Planck I § 15 bei Note 10, Seuffert, Erl. 4 zu § 23 u. a. Daraus, daß § 23 nur für vermögensrechtliche Klagen in Betracht kommt, kann ein Argument nicht abgeleitet werden (gegen Seuffert).

[34]) Nur muß er als solcher (objektiv) von Wert sein. Der § 23 kommt in unserer Beziehung (anders im Falle 4, wo es auf den Klaggegenstand ankommt) nicht in Betracht, wenn Briefe oder Handakten (RG. 24 S. 415) des Beklagten oder sein Erbschein sich im Inlande befinden. Ebenso ist die Forderung auf bloße Rechnungslegung (BGB. §§ 259, 260) kein Vermögensgegenstand im Sinne des § 23.

[35]) Die Klage ist auch dann zulässig, wenn der Kläger Sachen des Beklagten zurückbehalten hat (auch bei Eigenmacht) oder wenn die Sachen sich auf der Durchreise befinden. Vgl. auch § 371 IV HGB.

[36]) So auch dann, wenn es sich um Schiffe handelt. Die Vorschrift des § 1002 (Heimatshafen) beruht auf anderem Gesichtspunkte. — Der Ort der belegenen Sache ist auch dann entscheidend, wenn dem Beklagten nicht ein dingliches Recht, sondern nur ein dinglicher Anspruch bezüglich der Sache zusteht (z. B. ex iure cesso).

[37]) Vgl. o. Bd. 1 § 17 [37—40].

[38]) Der § 23 ² enthält keine allgemeingültige prozeßrechtsrechtliche Vorschrift über die Lokalisierung. Hier gerade bestehen große Unterschiede, die in Bd. 1 § 17 VI, 3, b zusammengestellt sind.

[38a]) Gleichgültig ist, wo der Erfüllungsort ist und wo der Drittschuldner einen Gerichtsstand hat (RG. 59 S. 108).

[39]) Wohnen der Hauptschuldner (Drittschuldner) und ein Bürge im Inlande, so ist der Gerichtsstand des § 23 selbständig am Wohnsitze eines jeden von beiden.

richtsstand des § 23 auch dann begründet, wenn zwar der Drittschuldner im Auslande wohnt, das Papier aber im Inlande ist.[40])

Urheber- und Erfinderrechte des Beklagten — wohl zu unterscheiden von den aus ihrer Verletzung entstehenden Ansprüchen[41]) — befinden sich, wenn sie von einer inländischen Behörde verliehen sind, am Sitz derselben (Patentamt). Für die das Recht selbst betreffenden Rechtsstreitigkeiten gilt die besondere Vorschrift, daß das Recht des ausländischen Berechtigten, falls er einen „Vertreter" bestellt hat, als an dessen Wohnsitz befindlich gilt.[42])

b) Umfang des Gerichtsstandes des Vermögens.

In ihm können alle vermögensrechtlichen Klagen[43]) erhoben werden also nicht nur diejenigen, welche sich auf dasjenige Vermögensstück beziehen, wegen dessen der Gerichtsstand begründet ist.

3. Der Gerichtsstand des Klaggegenstandes. Er ist unter der unter 1 bezeichneten negativen Voraussetzung da begründet, wo sich der mit der Klage in Anspruch genommene Gegenstand befindet. Er bezieht sich also nur auf solche Prozesse, in denen der Kläger bezüglich der im Inlande befindlichen Sache ein dingliches Recht oder einen dinglichen oder possessorischen[44]) Anspruch auf Herausgabe geltend macht, ferner auf solche Prozesse, in denen der Kläger auf die Feststellung klagt, daß ihm und nicht dem Beklagten eine Forderung oder ein sonstiges Recht (z. B. Patentrecht) zusteht.[45])

In den Fällen der zweiten Art tritt die Selbständigkeit des Gerichtsstandes des Klaggegenstandes klar hervor. Denn hier hat der Kläger zu leugnen, daß das fragliche Recht zum Vermögen des Beklagten gehöre, und der Gerichtsstand ist kein genereller für alle vermögensrechtlichen Klagen, sondern ein spezieller für die konkrete Klage.[46]) In den Fällen der ersten Art aber würde schon aus dem Gesichts-

---

[40]) § 1005 ZPO. (o. Bd. 1 § 17[47]) beruht auf anderen Gesichtspunkten.

[41]) Bezüglich dieser gilt die Regel des § 23² (Wohnsitz des Verpflichteten), wenngleich das Recht selbst als im Ausland befindlich betrachtet wird. So auch bei Ansprüchen aus Lizenzverträgen mit Inländern, aus Verlagsverträgen usw.

[42]) PatentG. § 12 I, 3, Gebrauchsm.G. v. 1. 6. 1891 § 13 II, 3, Warenz.G. v. 12. 5. 1894 § 23 II, 3. Die Bestimmung der ersten beiden Gesetze wird in der Praxis (RG. 42 S. 94) auf alle Rechtsstreitigkeiten bezogen (auch auf solche, für die der Vertreter keine Vertretungsmacht hat). Der § 23 II, 3 des Warenz.G. bezieht sich zweifellos auf keine andern Rechtsstreitigkeiten, als die im Texte bezeichneten.

[43]) Vgl. o. § 94, S. 189 f.

[44]) Aus §§ 862, 867, 1007 BGB., einschließlich der Ansprüche des Oberbesitzers gegen den Unterbesitzer.

[45]) So RG. 51 S. 256 bezüglich des Prätendentenstreits (Bd. 1 § 59[17]). So auch Wach I 423 (obwohl er lehrt, daß der Klagegegenstand sich mit der Innehabung oder im Besitz des Beklagten befinden müsse), indem er in der „Ausübung des Forderungsrechts" den Besitz desselben findet. — Der Streit um das Erbrecht gehört — entgegen der allgemeinen Meinung — nicht hierher. Die Klage über dasselbe ist im Inlande möglich, aber — abgesehen von sonstigen Gerichtsständen — aus den in § 27 bezeichneten Gründen (Gerichtsstand der Erbschaft). Davon daß das Erbrecht — als der durch die Klage in Anspruch genommene Gegenstand — im Sinne des § 23 sich im Inlande befinde, kann nicht die Rede sein. Davon, daß die Erbschaft (als Inbegriff) sich im Inlande befinde (weil der Erblasser hier seinen wirklichen oder fingierten Wohnsitz hatte), kann man nur in bildlichem Sinne sprechen.

[46]) Er ist in der Hauptsache bestimmt mit Rücksicht auf die persönlichen

punkte, daß sich Vermögen des Beklagten im Inlande befindet, wenigstens dann ein Gerichsstand begründet sein, wenn der Beklagte Besitzer der streitigen Sache ist. Dieser Gesichtspunkt ist nicht ohne praktische Bedeutung. Aus ihm folgt, daß das Gericht nicht nur für die Klage auf Herausgabe der vindizierten Sache, sondern auch für die Klage aus persönlichen Ansprüchen wegen ihrer Beschädigung oder wegen Verzugs zuständig ist.

Wo sich der Klaggegenstand befindet, beurteilt sich nach denselben Gesichtspunkten, wie beim Gerichtsstand des Vermögens (3 a).

IV. Gemeinsam ist allen unter I—III behandelten Gerichtsständen, daß sie

1. persönliche sind,
2. nur vermögensrechtliche Klagen umfassen,
3. mit anderen Gerichtsständen konkurrieren, aber nicht begründet sind, wenn für die Rechtsstreitigkeit ein besonderer ausschließlicher Gerichtsstand bestimmt ist.

§ 101.

c) Der dingliche Gerichtsstand. [1])

I. Im Gegensatz zum römischen forum rei sitae [2]) bezieht sich der in seiner Eigenart auf germanischer Rechtsanschauung beruhende dingliche Gerichtsstand der ZPO. nur auf „unbewegliche Sachen" und ist bei dem Gerichte, in dessen Bezirke die Sache liegt. Bei den eine Grunddienstbarkeit, eine Reallast oder ein Vorkaufsrecht betreffenden Klagen ist die Lage des dienenden oder belasteten Grundstücks entscheidend (§ 24). Dies gilt entsprechend auch in anderen Fällen, wo sich gewissermaßen ein herrschendes und ein belastetes Grundstück einander gegenüber stehen, wie dies bei den dem Eigentümer als solchen zustehenden dinglichen Ansprüchen (auf ein Tun oder Unterlassen) [3]) und sonstigen dinglichen Nachbarrechten [4]) der Fall ist.

Erstreckt sich das eine Einheit bildende Grundstück über die Bezirke von mehreren Gerichten, so ist keines von ihnen für den das ganze Grundstück betreffenden Rechtsstreit zuständig; folglich muß der Kläger eines von ihnen im Wege des § 37 ZPO. für zuständig erklären lassen. Ebenso ist

---

Verhältnisse des Beklagten (o. unter 1 Seite 229) und gehört deshalb in unseren Zusammenhang. Dagegen ist der dingliche Gerichtsstand der § 24 ein rein sachlicher.

[1]) ZPO. §§ 24—27. — Wetzell § 41 III, Planck I § 16, Wach I § 37.

[2]) c. 3 C. 3, 19. Bei Klagen, welche dingliche Rechte an beweglichen Sachen betreffen, hilft heute der Gerichtsstand des Vermögens, allerdings nur dann, wenn der Beklagte im Inlande keinen Wohnsitz hat (§ 23, s. o. § 100 III).

[3]) BGB. §§ 906—909, 913 (arg. § 914 III), 916, 919, 1004. Der dingliche Anspruch auf Beseitigung der beeinträchtigenden Anlage steht dem Eigentümer des beeinträchtigten Grundstücks zu und geht gegen den, auf dessen Grundstück sich die Anlage befindet. Vgl. o. Bd. 1 § 31 [21]. Die actio aquae pluviae arcendae wird, soweit sie auf Beseitigung der Anlage ging, durch § 1004 gedeckt.

[4]) BGB. §§ 910, 912, 916, 917, 920, 921.

zunächst das den Beteiligten Gerichten übergeordnete Gericht um Bestimmung des Prozeßgerichts anzugehen, wenn es mit Rücksicht auf die Grenzen der Bezirke ungewiß ist, welches Gericht zuständig sei.[5])

Der Begriff der unbeweglichen Sache ist in der ZPO. nicht bestimmt.[6]) Nachdem die ZPO. mit Rücksicht auf das BGB. einer Revision unterzogen ist, muß davon ausgegangen werden, daß beide Gesetze denselben Begriff haben, zugleich aber auch, daß Vorschriften des Reichsrechts und des (zugelassenen) Landesrechts, welche gewisse Rechte unter die Normen der unbeweglichen Sachen stellen, auch für die Gerichtsstandsfrage gelten.[7]) Zuständig ist dann das Gericht des Bezirks, in dem das Grundstück liegt, auf das sich das Recht bezieht.

Nach dem BGB. sind unbewegliche Sachen nur die Grundstücke. Bestandteile sind nicht nur der Erdkörper, sondern auch die mit ihm fest verbundenen Sachen, es sei denn, daß sie nur zu einem vorübergehenden Zwecke oder nur in Ausübung eines Rechts mit dem fremden Grundstück verbunden sind (BGB. §§ 94,5), und ferner die Rechte, die mit dem Eigentum am Grundstück verbunden sind (§ 96), nicht aber das bewegliche Zubehör (§ 97). Jedoch erstreckt sich die Zuständigkeit des Prozeßgerichts auf dieses, wenn die das Grundstück betreffende Klage auch auf das Zubehör als solches gerichtet wird.

Den Grundstücken gleichgestellt ist durch das Reichsrecht das Erbbaurecht.[8])

II. Der dingliche Gerichtsstand ist ein sachlicher. Er ist für gewisse Klagen ausschließlich (III), für andere nur elektiv (IV).

Soweit er ausschließlich ist,[9]) bezweckt das Gesetz einerseits, die Streitigkeiten dem Gericht zu überweisen, das dem Streitobjekt am nächsten ist und in dessen Bezirk sich die es betreffenden öffentlichen Bücher befinden; anderseits aber ist der Zweck, die Streitigkeiten über den wichtigsten Teil des Nationalvermögens den inländischen Gerichten vorzubehalten. Nur sie können über deutschen Grund und Boden und seine Rechtsverhältnisse entscheiden.

---

[5]) ZPO. § 36 Nr. 4. Die Beschreitung dieses Wegs ist hier ebenso nötig, wie im Falle des § 2 ZPO. — Der Mangel der Zuständigkeit kann auch noch im Laufe des Prozesses geheilt werden (o. § 67[3]).

[6]) ZPO. § 864 bezieht sich auf die Zwangsvollstreckung in das „unbewegliche Vermögen“ und gilt nicht für den dinglichen Gerichtsstand der Klage. So namentlich bezüglich der registrierten Schiffe.

[7]) So die in Theorie und Praxis herrschende Ansicht. A. M. für das frühere Recht Wach I 436.

[8]) BGB. § 1001. Judikatur über die landesgesetzlich gleichgestellten Gerechtigkeiten (Bergrecht, Rechte an Bahneinheiten, Gewerbeberechtigungen usw.) ist bei Sonietz ki-Gelpcke, Erl. 7 zu § 24 zusammengestellt.

[9]) Über die Bedeutung der Ausschließlichkeit s. o. S. 178 f. Sie hindert auch die Widerklage vor dem Gericht eines anderen Bezirks (§ 33 II) und ebenso die Inzidentfeststellungsklage (§ 280). Die Ausschließlichkeit bezieht sich nur auf die örtliche Zuständigkeit. Prorogation ist möglich in Beziehung auf die sachliche Zuständigkeit.

Jeder prozessuale Akt eines ausländischen Gerichts ist für das Inland ohne Wirkung.[10]) Deshalb muß der ausschließliche dingliche Gerichtsstand, wenn anders gegenüber Exterritorialen in Beziehung auf inländische Grundstücke überhaupt ein Urteil möglich sein soll, auch die Exterritorialen ergreifen.[11])

Der ausschließliche Gerichtsstand § 24 ZPO. bezieht sich natürlich nur auf Grundstücke, die im Inlande liegen. Anderseits aber fehlt bezüglich ausländischer Grundstücke den deutschen Gerichten die Gerichtsbarkeit für die in § 24 aufgeführten Klagen.[12])

III. Der ausschließliche dingliche Gerichtsstand (§ 24) umfaßt:

1. Die Klagen, durch die „das Eigentum geltend gemacht wird." Dies sind

a) zweifellos die Klagen, durch welche auf Feststellung des Eigentumsrechts — positiv[13]) oder negativ — geklagt wird,

b) ferner die Klagen aus dinglichen Eigentumsansprüchen, nicht aber aus persönlichen Ansprüchen, auch nicht aus denjenigen von ihnen, die das BGB. unter dem Titel „Eigentumsansprüche" in den §§ 987 ff. neben dem dinglichen Anspruch (§ 985) geregelt hat.[14]) Letztere fallen unter den in § 26 geregelten, nicht ausschließlichen dinglichen Gerichtsstand (IV). Dingliche Eigentumsansprüche sind alle diejenigen, die aus dem Eigentum entspringen und auf Herstellung des ihm entsprechenden tatsächlichen Zustandes oder auf Bewilligung der Berichtigung des Grundbuchs oder auf Unterlassung einer Beeinträchtigung des Eigentums gerichtet sind.

Die Klagen aus allen diesen Ansprüchen machen nach heutigem Rechte nicht das Eigentum zum Prozeßgegenstand, sondern nur jene Ausflüsse des Eigentums, und sie führen ebensowenig zur rechtskräftigen Entscheidung über dieses, wie die Klage des Erben aus Ansprüchen gegen den „Erbschaftsbesitzer" zur Entscheidung über das Erbrecht (§ 322). Die alte ZPO. folgte dem Sprachgebrauch des gemeinen

[10]) ZPO. § 328 I Nr. 1, § 723 II, 2, vgl. o. Bd. 1 § 20 I, 2.

[11]) So bestimmt GVG. § 20, s. o. Bd. 1 § 18[1]. — Dasselbe muß aus demselben Grunde gegenüber ausländischen Staaten selbst dann gelten, wenn man im allgemeinen der Ansicht ist, daß die inländische Gerichtsbarkeit sich auf sie nicht erstreckt. Diese Exemtion bejaht jetzt RG. in JWSchr. 1906 S. 90 Nr. 12. (Das in Bd. 1 § 18[9] angeführte Urteil würde irrtümlich für das Gegenteil zitiert.) Nach preußischem Rechte gehören die Klagen des § 24 nicht vor den „Geheimen Justizrat" (o. Bd. 1 § 11 III, 1), sondern vor die ordentlichen Gerichte der belegenen Sache (vgl. die Nachweise in RG. 41 S. 390 f.). — Schiedsgerichte werden durch den § 24 ZPO. nicht berührt. Aber die Klage aus dem Schiedsspruch und gegen ihn (§§ 1041/2) gehört in den ausschließlichen Gerichtsstand des § 24 ZPO.

[12]) Vgl. über diese Streitfrage o. Bd. 1 § 16[14].

[13]) So auch auf Grund der Anfechtung der Eigentumsübertragung.

[14]) Vgl. näher o. Bd. 1 § 31 A I, 3 a (S. 202). Die römische rei vindicatio war die Prozeßform, die zur Entscheidung über das Eigentum führte und in der nicht nur der dingliche Anspruch auf Herausgabe (im Sinne des § 985 BGB.), sondern auch die praestationes personales geltend gemacht werden konnten (nicht: mußten, arg. l. 13 D. 6, 1). — Ist der Besitzer der Sache ein Erbrechtsprätendent, so kann die Klage auf Herausgabe im forum hereditatis angestellt werden. Vgl. u. bei Note 28.

Rechts, der unter den Eigentums- und Erbrechtsklagen die rei vindicatio und hereditatio petitio verstand. Bei der Revision hat man in § 27 an Stelle der „Klagen, welche Erbrechte geltend machen", die „Klagen, welche die Feststellung des Erbrechts oder Ansprüche des Erben gegen einen Erbschaftsbesitzer geltend machen" gesetzt. In unserem § 24 ist der alte Sprachgebrauch geblieben. Folgt man dem Wortlaut des Gesetzes, so ergibt sich, daß der § 24 nur die Eigentumsfeststellungsklage umfaßt. Meine frühere (Anspruch und Klagrecht S. 36); den § 24 so interpretierende Ansicht gebe ich auf, weil die Unterlassung der dem § 27 entsprechenden Änderung des § 24 auf einem Versehen beruht und weil nach jener Ansicht die Klage aus den dinglichen Eigentumsansprüchen weder unter den § 24, noch unter den § 26, der nur von „persönlichen" Klagen spricht, fallen würde. Dieses Ergebnis wäre aber unannehmbar.

2. Der dingliche Gerichtsstand umfaßt ferner ausschließlich die Klagen, durch welche „eine dingliche Belastung (einer unbeweglichen Sache) oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird".

a) Dingliche Belastung ist jede dinglich wirkende Belastung, d. h. jede Belastung, welche 1. gegen den Eigentümer als solchen wirkt und 2. inhaltlich nicht nur auf eine aus seinem Vermögen (im ganzen) oder durch persönliche Dienste zu bewirkende Leistung geht. Eine solche Belastung erzeugen:

α) alle dinglichen beschränkten Rechte des BGB.[15]) und des früheren Rechts, soweit sie aus diesem stammen und sich noch jetzt nach ihm bestimmen, und des Landesrechts, soweit dieses aufrecht erhalten ist,[16])

β) das dingliche Sicherungsrecht, welches wegen eines Anspruchs auf Einräumung, Übertragung oder Aufhebung einer dinglichen Belastung durch Eintragung einer Vormerkung entsteht und dessen Inhalt gleicher Art ist, wie das dingliche Vorkaufsrecht (BGB. § 1098 II).[17])

γ) die aus dem sog. Nachbarrechte fließenden Rechte;[18])

---

[15]) Also gehört hierher zwar die Hypothek und Reallast, nicht aber die persönliche Verpflichtung, die den Eigentümer des mit einer Reallast (einschließlich der nach § 914 BGB. bestehenden Rentenlast) belasteten Grundstücks nach § 1008 BGB. wegen der Rückstände trifft, nicht die Verpflichtung des neuen Eigentümers aus einem Mietvertrage (§ 571 BGB.), weil die Miete keine dingliche Belastung erzeugt, sondern infolge der Überlassung des Mitbesitzes nur bewirkt, daß der Eigentümer als solcher aus dem Mietvertrag haftet.

[16]) Hierher gehören auch das sog. Bergwerkseigentum, die durch Mutung erworbenen Rechte, die Anwartschaftsrechte der Fideikommiß- und Lehensnachfolger, die Rechte der Wasser- und Deichgenossenschaften.

[17]) Die Klage, welche dieses Sicherungsrecht geltend macht (BGB. § 888, KO. § 24), ist wohl zu unterscheiden von der Klage, die die gesicherte Forderung gegen den obligatorisch verpflichteten Schuldner geltend macht. Letztere Klage gehört nicht unter § 24, wohl aber die Klage gegen den Singularnachfolger auf Zustimmung zur Eintragung der vorgemerkten Rechtsänderung, die durch den Schuldner mit Wirkung gegen den Singularnachfolger herbeigeführt wird und deren Eintragung der Singularnachfolger gegen sich gelten lassen muß. Diese Klage ist derselben Art wie die auf § 894 BGB. gestützte. — Die erörterte Frage wie die ganze Natur der Vormerkung ist sehr streitig; näher kann hier nicht darauf eingegangen werden. Vgl. Planck (3) zu § 888 c. cit., auch m. Rechtskr. 254 f. Anders als der Text entscheidet RG. 42 S. 42 bei der Klage aus der Vormerkung gegen den neuen Eigentümer.

δ) endlich aber auch die dinglich wirkende Entziehung oder bloße Einschränkung der Verfügungsbefugnis, wie sie z. B. infolge der Konkurseröffnung oder der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers oder eines Nacherben oder infolge des Erlasses eines gerichtlichen Veräußerungsverbots (BGB. § 136) oder auch nur infolge der Eintragung eines Widerspruchs (gegen die Richtigkeit des Grundbuchs) entstehen.[19])

b) In den ausschließlichen dinglichen Gerichtsstand gehören

α) alle Klagen, die eine Feststellung des Bestehens der dinglichen Belastung[20]) oder über die jetzige subjektive Richtung des ihr entsprechenden dinglichen Rechts begehren.

Unter den letzten Gesichtspunkt gehören namentlich die wichtigen Fälle, in denen die eingetragene Hypothek kraft Gesetzes auf den persönlichen Schuldner (BGB. § 1164) oder auf den Eigentümer (BGB. §§ 1143, 1163, 1168, 1173/5, 1182) oder auf eine andere Person (BGB. § 1150 mit § 268, § 774 mit § 1153) übergeht. Hier ist die Klage aus der dinglichen Belastung nicht gegen Eigentümer der belasteten Sache, sondern gegen einen Dritten gerichtet. Gehört diese Klage („auf Umschreibung", § 26 ZPO.), wie allgemein anerkannt ist, hierher, so ist kein Grund zu finden, der die Klage des Hypothekars gegen einen Dritten, der sich nicht das hypothekarische Recht, sondern ein Recht an diesem (Pfandrecht, Nießbrauch) anmaßt, von dem Gerichtsstand des § 24 ZPO. ausschließen könnte.[21]) Auch diese Klage macht ein Recht an dem Grundstücke zum Gegenstande des Prozesses, nämlich dasjenige, welches dem Dritten zusteht, wenn er ein Pfandrecht oder einen Nießbrauch an der Hypothek hat.

β) Der § 24 umfaßt ferner in Verbindung mit dieser Feststellungsklage (α) oder auch für sich allein die Klage auf Bewilligung der Grundbuchsberichtigung (BGB. § 894);

γ) ferner Klagen zur Verwirklichung des dinglichen Rechts, so die hypothekarische Klage,[22]) die Klage auf richterliche Bestimmung des Notwegs (gemäß BGB. § 917), ferner ebenso wie in den Fällen 1 b (S. 235) die Klagen aus den dinglichen Ansprüchen auf Beseitigung einer Beeinträchtigung (z. B. BGB. §§ 1027, 1065 mit §§ 985, 1004 I, 1) oder auf Unterlassung einer solchen (z. B. BGB. §§ 1029 mit 1004 I, 2, § 1134 I, ZPO. § 259);

δ) ferner die Klagen, „durch welche die Freiheit von einer dinglichen Belastung geltend gemacht wird", sei es allein, sei es in Verbindung mit der Klage auf Verurteilung zur Bewilligung der Grundbuchsberichtigung (BGB. § 894).

---

[18]) Vgl. o. die Noten 3, 4.

[19]) Eine andere Frage ist, inwiefern das Gesagte (δ) für die Gerichtsstandsfrage von Bedeutung werden kann. Vgl. nam. Seuffert, Erl. 3 e zu § 24.

[20]) Z. B. auf „Anerkennung der Reallast", wie § 26 ZPO. sich ausdrückt.

[21]) A. M. RG. 51 S. 234 (vgl. aber 21 S. 227), Skonietzki-Gelpcke, Erl. 3 d zu § 24 (im Widerspruch mit Erl. 2 a. E.).

[22]) Auch gegenüber dem Ehemann als Verwalter des eingebrachten Guts (vgl. ZPO. § 739).

Voraussetzung dafür, daß diese Klagen begründet sind, ist, daß die negierte Belastung nicht gültig entstand oder wieder erlosch.[23]) Sie wollen nicht Veränderung des dinglichen Rechtszustandes, sondern Feststellung desselben und darüber hinaus höchstens die Berichtigung des Grundbuchs. Werden sie vom Eigentümer erhoben, so machen sie doch nicht das Eigentum geltend. Die Klage, die festgestellt haben will, daß das Eigentum frei von der Belastung sei, macht zum Prozeßgegenstand die vom Kläger negierte Belastung. Die Klage auf Bewilligung der Löschung macht den in § 894 BGB. gewährten dinglichen Anspruch geltend. Werden diese Klagen abgewiesen, so ist im ersten Falle die negierte Belastung festgestellt, im zweiten Falle ist der vom Kläger behauptete Anspruch verneint.

Nicht in den ausschließlichen dinglichen Gerichtsstand gehört die Klage aus einem obligatorischen Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Rechts oder auf Aufhebung eines solchen, z. B. auf Erfüllung des Verzichtsversprechens (gemäß BGB. § 1168).

3. Der § 24 umfaßt ferner ausschließlich die „Grenzscheidungs- und Teilungsklagen".

Erstere sind die Klagen aus dem dinglichen Anspruche des § 919 BGB. (auf Abmarkung) und die Klage auf richterliche Abgrenzung (BGB. § 920), aber wohl auch die Klagen über die in §§ 921/3 bezeichneten Verhältnisse.

Teilungsklagen im Sinne von Klagen, welche die Teilung durch das Prozeßgericht nachsuchen, gibt es heute nicht mehr. Daß die actio communi dividundo in das forum rei sitae gewiesen wurde, hatte seinen Grund darin, daß die adiudicatio direkt verändernd in die Eigentumsverhältnisse eingriff. Aus demselben Grunde — aber nicht nach § 24 ZPO. — gehört heute in den dinglichen Gerichtsstand das Zwangsversteigerungsverfahren, welches heute der Miteigentümer ohne Vollstreckungstitel einfach auf Grund der grundbuchmäßigen Eintragung vor dem Vollstreckungsgericht betreiben kann (ZVG. §§ 180/1). — Hiernach ist es mindestens zweifelhaft, ob der § 24 ZPO. heute noch praktische Bedeutung hat. Soweit das BGB. das Gemeinschaftsverhältnis regelt, dürfte es zu verneinen sein.[24]) Jedenfalls könnte der § 24 nur Anwendung finden, wenn es sich um die Teilung einer speziellen unbeweglichen Sache handelt, also nicht bei der Teilung des Nachlasses und bei der Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens oder der ehelichen Gütergemeinschaften. In dem allein in Betracht kommenden Falle kann es sich nur handeln um die Klage aus der Forderung gegen den Gemeinschafter auf Einwilligung in die Aufhebung der Gemeinschaft (BGB. § 749) und auf Mitwirkung bei Teilung nach Maßgabe der Vereinbarung oder der gesetzlichen Bestimmungen (BGB. § 752 f.).

4. Vor das Gericht des belegenen Grundstücks gehören alle „Besitz-

---

[23]) So, wenn die dingliche Belastung selbst ungültig oder mit Erfolg angefochten ist (dies gilt auch bei der Klage auf Löschungsbewilligung, die der Konkursverwalter auf Grund der Anfechtung einer Hypothek [KO. §§ 29 f.] erhebt, wie auch RG. 20 S. 403, 36 S. 12 mit Recht, aber unter Verleugnung der angeblich nur obligatorischen Wirkung der Anfechtung annimmt, RG. 51 S. 234/5 und 52 S. 86/7 aber verneint). Ferner z. B., wenn der Nießbrauch erlischt (BGB. § 1051) und in den Fällen des § 1181.

[24]) Der nicht ausschließliche Gerichtsstand des § 26 ist für die sogleich zu erwähnenden Klagen begründet.

klagen". Damit sind gemeint die Klagen, welche lediglich den Besitzstand betreffen, also

a) die Klagen aus Ansprüchen, die dem früheren oder jetzigen Besitzer (Oberbesitzer oder Unterbesitzer) als solchem wegen eigenmächtiger Entziehung (BGB. § 861) oder wegen geschehener oder drohender Störung (BGB. § 862, vgl. ZPO. § 259) zustehen,

b) ferner aber auch die Klagen auf Feststellung des Besitzverhältnisses.[25])

Soweit der Rechtsbesitz an Grundstücken anerkannt ist (BGB. §§ 1017, 1029, 1090 II, EG. z. BGB. Art. 101), fallen auch die Besitzklagen unter den § 24. Die auf § 867 BGB. gegründete Klage gehört nicht hierher, weil sie dem Besitzer einer beweglichen Sache den Anspruch auf Aufsuchung und Wegschaffung gibt,[25a]) ebenso nicht die Forderung, die aus einer „ohne rechtlichen Grund" (sine causa) geschehenen Übertragung des Grundstücksbesitzes entsteht (condictio possessionis).

Nachdem jedes im Inlande bestehende Besitzverhältnis vererblich geworden ist (BGB. § 857), übt jeder Dritte verbotene Eigenmacht, wenn er ein durch den Erbfall in den Besitz des Erben übergegangenes Grundstück in Besitz nimmt.[26]) Zweifellos stehen die gewöhnlichen Eigenmachtsansprüche dem Erben zu, wenn der Gegner ohne Prätension des Erbrechts gehandelt hat, und der Erbe kann und muß sie im dinglichen Gerichtsstand verfolgen.[27]) Fraglich kann nur sein, ob der Gerichtsstand des § 24 ausscheidet, wenn der Beklagte Erbrechtsprätendent ist. Dies dürfte zu bejahen sein,[28]) weil aus § 2029 BGB. zu folgern ist, daß die Ansprüche wegen Verletzung ererbter Rechte die ihnen an sich zukommenden Eigenschaften verlieren sollen, wenn die Ansprüche sich gegen den Erbschaftsbesitzer richten. Hiernach ist es zulässig, daß im Gerichtsstand der Erbschaft gegen den Erbschaftsbesitzer als solchen alle Ansprüche verfolgt werden.[29])

---

[25]) Vgl. o. Bd. 1 § 31 [44], [45]. Das Gesagte kann um so weniger zweifelhaft sein, als der Zweck des Gerichtsstandes (o. II) bei dem reinen Streit über die Frage, wer der Besitzer sei, ganz besonders von Bedeutung wird.

[25a]) Der Anspruch aus §§ 857 und 1005 fällt unter den § 26 ZPO. (u. bei Note 34).

[26]) Bestätigend BGB. § 2025 [2], indem bestimmt wird, daß der gutgläubige Erbschaftsbesitzer nicht auf Schadensersatz aus der von ihm begangenen Eigenmacht haftet.

[27]) Gemeinrechtlich ging die hereditatis petitio auch gegen den praedo (possessor pro possessore).

[28]) Gaupp-Stein, Erl. II, 4 zu § 24 leitet die Nichtanwendbarkeit des § 24 gegenüber dem Erbschaftsbesitzer daraus ab, daß die Klage hier auf „Einräumung" des Besitzes gehe. Aber dieser Grund trifft sicher nicht mehr zu, nachdem der Besitz vererblich geworden ist. — Vgl. über § 2029 auch u. § 102 S. 245.

[29]) So auch die Motive zum Entw. der ZPO. und die allgemeine Meinung, der ich mich aus den im Text angegebenen Gründen (gegen m. Anspr. u. Klagr. 64 [8]) anschließe; obwohl ich daran festhalte, daß heute (nach § 2029) dem Erben nicht zweierlei Ansprüche zustehen. Unbedenklich ist das Resultat nicht. Hat z. B. der Erbe gegen den Beklagten, der sich eigenmächtig in den Besitz gesetzt hat, unter Anführung dieser Tatsachen vor dem Gericht des belegenen Grundstücks auf Herausgabe geklagt und führt der Beklagte zu seiner Verteidigung an, daß er als Erbe zur Besitzergreifung legitimiert gewesen sei, so kann er damit die Abweisung der Klage wegen

Voraussetzung dafür, daß diese Klagen begründet sind, ist, daß die negierte Belastung nicht gültig entstand oder wieder erlosch.[23]) Sie wollen nicht Veränderung des dinglichen Rechtszustandes, sondern Feststellung desselben und darüber hinaus höchstens die. Berichtigung des Grundbuchs. Werden sie vom Eigentümer erhoben, so machen sie doch nicht das Eigentum geltend. Die Klage, die festgestellt haben will, daß das Eigentum frei von der Belastung sei, macht zum Prozeßgegenstand die vom Kläger negierte Belastung. Die Klage auf Bewilligung der Löschung macht den in § 894 BGB. gewährten dinglichen Anspruch geltend. Werden diese Klagen abgewiesen, so ist im ersten Falle die negierte Belastung festgestellt, im zweiten Falle ist der vom Kläger behauptete Anspruch verneint.

Nicht in den ausschließlichen dinglichen Gerichtsstand gehört die Klage aus einem obligatorischen Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Rechts oder auf Aufhebung eines solchen, z. B. auf Erfüllung des Verzichtsversprechens (gemäß BGB. § 1168).

3. Der § 24 umfaßt ferner ausschließlich die „Grenzscheidungs- und Teilungsklagen".

Erstere sind die Klagen aus dem dinglichen Anspruche des § 919 BGB. (auf Abmarkung) und die Klage auf richterliche Abgrenzung (BGB. § 920), aber wohl auch die Klagen über die in §§ 921/3 bezeichneten Verhältnisse.

Teilungsklagen im Sinne von Klagen, welche die Teilung durch das Prozeßgericht nachsuchen, gibt es heute nicht mehr. Daß die actio communi dividundo in das forum rei sitae gewiesen wurde, hatte seinen Grund darin, daß die adiudicatio direkt verändernd in die Eigentumsverhältnisse eingriff. Aus demselben Grunde — aber nicht nach § 24 ZPO. — gehört heute in den dinglichen Gerichtsstand das Zwangsversteigerungsverfahren, welches heute der Miteigentümer ohne Vollstreckungstitel einfach auf Grund der grundbuchmäßigen Eintragung vor dem Vollstreckungsgericht betreiben kann (ZVG. §§ 180/1). — Hiernach ist es mindestens zweifelhaft, ob der § 24 ZPO. heute noch praktische Bedeutung hat. Soweit das BGB. das Gemeinschaftsverhältnis regelt, dürfte es zu verneinen sein.[24]) Jedenfalls könnte der § 24 nur Anwendung finden, wenn es sich um die Teilung einer speziellen unbeweglichen Sache handelt, also nicht bei der Teilung des Nachlasses und bei der Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens oder der ehelichen Gütergemeinschaften. In dem allein in Betracht kommenden Falle kann es sich nur handeln um die Klage aus der Forderung gegen den Gemeinschafter auf Einwilligung in die Aufhebung der Gemeinschaft (BGB. § 749) und auf Mitwirkung bei Teilung nach Maßgabe der Vereinbarung oder der gesetzlichen Bestimmungen (BGB. § 752 f.).

4. Vor das Gericht des belegenen Grundstücks gehören alle „Besitz-

---

[23]) So, wenn die dingliche Belastung selbst ungültig oder mit Erfolg angefochten ist (dies gilt auch bei der Klage auf Löschungsbewilligung, die der Konkursverwalter auf Grund der Anfechtung einer Hypothek [KO. §§ 29 f.] erhebt, wie auch RG. 20 S. 403, 36 S. 12 mit Recht, aber unter Verleugnung der angeblich nur obligatorischen Wirkung der Anfechtung annimmt, RG. 51 S. 234/5 und 52 S. 86/7 aber verneint). Ferner z. B., wenn der Nießbrauch erlischt (BGB. § 1051) und in den Fällen des § 1181.

[24]) Der nicht ausschließliche Gerichtsstand des § 26 ist für die sogleich zu erwähnenden Klagen begründet.

klagen". Damit sind gemeint die Klagen, welche lediglich den Besitzstand betreffen, also

a) die Klagen aus Ansprüchen, die dem früheren oder jetzigen Besitzer (Oberbesitzer oder Unterbesitzer) als solchem wegen eigenmächtiger Entziehung (BGB. § 861) oder wegen geschehener oder drohender Störung (BGB. § 862, vgl. ZPO. § 259) zustehen,

b) ferner aber auch die Klagen auf Feststellung des Besitzverhältnisses.[25])

Soweit der Rechtsbesitz an Grundstücken anerkannt ist (BGB. §§ 1017, 1029, 1090 II, EG. z. BGB. Art. 101), fallen auch die Besitzklagen unter den § 24. Die auf § 867 BGB. gegründete Klage gehört nicht hierher, weil sie dem Besitzer einer beweglichen Sache den Anspruch auf Aufsuchung und Wegschaffung gibt,[25a]) ebenso nicht die Forderung, die aus einer „ohne rechtlichen Grund" (sine causa) geschehenen Übertragung des Grundstücksbesitzes entsteht (condictio possessionis).

Nachdem jedes im Inlande bestehende Besitzverhältnis vererblich geworden ist (BGB. § 857), übt jeder Dritte verbotene Eigenmacht, wenn er ein durch den Erbfall in den Besitz des Erben übergegangenes Grundstück in Besitz nimmt.[26]) Zweifellos stehen die gewöhnlichen Eigenmachtsansprüche dem Erben zu, wenn der Gegner ohne Prätension des Erbrechts gehandelt hat, und der Erbe kann und muß sie im dinglichen Gerichtsstand verfolgen.[27]) Fraglich kann nur sein, ob der Gerichtsstand des § 24 ausscheidet, wenn der Beklagte Erbrechtsprätendent ist. Dies dürfte zu bejahen sein,[28]) weil aus § 2029 BGB. zu folgern ist, daß die Ansprüche wegen Verletzung ererbter Rechte die ihnen an sich zukommenden Eigenschaften verlieren sollen, wenn die Ansprüche sich gegen den Erbschaftsbesitzer richten. Hiernach ist es zulässig, daß im Gerichtsstand der Erbschaft gegen den Erbschaftsbesitzer als solchen alle Ansprüche verfolgt werden.[29])

---

[25]) Vgl. o. Bd. 1 § 31 [44], [45]. Das Gesagte kann um so weniger zweifelhaft sein, als der Zweck des Gerichtsstandes (o. II) bei dem reinen Streit über die Frage, wer der Besitzer sei, ganz besonders von Bedeutung wird.

[25a]) Der Anspruch aus §§ 857 und 1005 fällt unter den § 26 ZPO. (u. bei Note 34).

[26]) Bestätigend BGB. § 2025 [2], indem bestimmt wird, daß der gutgläubige Erbschaftsbesitzer nicht auf Schadensersatz aus der von ihm begangenen Eigenmacht haftet.

[27]) Gemeinrechtlich ging die hereditatis petitio auch gegen den praedo (possessor pro possessore).

[28]) Gaupp-Stein, Erl. II, 4 zu § 24 leitet die Nichtanwendbarkeit des § 24 gegenüber dem Erbschaftsbesitzer daraus ab, daß die Klage hier auf „Einräumung" des Besitzes gehe. Aber dieser Grund trifft sicher nicht mehr zu, nachdem der Besitz vererblich geworden ist. — Vgl. über § 2029 auch u. § 102 S. 245.

[29]) So auch die Motive zum Entw. der ZPO. und die allgemeine Meinung, der ich mich aus den im Text angegebenen Gründen (gegen m. Anspr. u. Klagr. 64 [8]) anschließe; obwohl ich daran festhalte, daß heute (nach § 2029) dem Erben nicht zweierlei Ansprüche zustehen. Unbedenklich ist das Resultat nicht. Hat z. B. der Erbe gegen den Beklagten, der sich eigenmächtig in den Besitz gesetzt hat, unter Anführung dieser Tatsachen vor dem Gericht des belegenen Grundstücks auf Herausgabe geklagt und führt der Beklagte zu seiner Verteidigung an, daß er als Erbe zur Besitzergreifung legitimiert gewesen sei, so kann er damit die Abweisung der Klage wegen

IV. In dem dinglichen Gerichtsstand **können** gewisse Klagen über Schuldverhältnisse erhoben werden (§§ 26, 27), nämlich

1. nach § 26 wegen Sachzusammenhangs unter der Voraussetzung, daß die verbundenen Klagen gegen denselben Beklagten gerichtet sind:

a) die „Schuldklage", d. h. die das persönliche Schuldverhältnis betreffende Feststellungs- oder Leistungsklage in Verbindung mit der Klage aus einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, insbesondere die Klage auf rückständige Leistungen in Verbindung mit der dinglichen Reallastklage,

b) die Klage auf Befreiung von der persönlichen Verbindlichkeit in Verbindung mit der Klage auf Umschreibung oder Löschung der dinglichen Belastung.

Gemeint ist sowohl die Klage, welche auf Feststellung des Nichtbestehens der persönlichen Schuld gerichtet ist, als auch die Klage auf ein Urteil, durch welches die Befreiung erst herbeigeführt werden soll. Nach jetzigem Recht[30]) kommen als Klagen der letzteren Art in Betracht: die Klage des Schuldners, der wegen einer durch Urteil herabzusetzenden Vertragsstrafe eine Hypothek oder Grundschuld bestellt hat, ferner die Klage des Käufers auf Wandelung, wenn wegen der Kaufgeldschuld eine dingliche Sicherheit geleistet ist. Vom streng logischen Standpunkte aus müßte bereits die Vertragsstrafe rechtskräftig herabgesetzt sein, wenn der Schuldner geltend machen will, daß die Hypothek sich insoweit in eine sog. Eigentümerhypothek verwandelt habe. Aber hier wie in anderen Beziehungen[31]) ist es zulässig, daß das Urteil die Wirkung, die es mit Eintritt seiner Rechtskraft erst herbeiführen wird, bereits als eingetreten behandelt und gleichzeitig die Herabsetzung und die Verpflichtung zur Grundbuchsberichtigung ausspricht.

Auch die Klage aus dem Anspruch auf Herausgabe des Hypotheken- und Grundschuldbriefs (BGB. §§ 952 II, 896) fällt unter § 25 ZPO.[32])

2. Zur Wahl mit anderen Gerichtsständen steht der dingliche Gerichtsstand für die Klage aus persönlichen Ansprüchen,

a) welche gegen den Eigentümer oder Besitzer einer unbeweglichen Sache als solchen gerichtet sind.

Gemeint sind nur

α) solche Verpflichtungen, die mit dem Eigentum oder Besitz eines Grundstücks verknüpft sind, also lediglich deshalb entstehen, weil man Eigentümer oder Besitzer

---

Unzuständigkeit herbeiführen, wenn er diese geltend macht. (Darin liegt keine Klagänderung durch den Beklagten, wie Leonhard, Erbschaftsbesitz 120 und Langheineken, Anspruch u. Einrede 165 annehmen, sondern eine Klarstellung, welcher Art der klägerische Anspruch ist.) Bedenklich ist dies deshalb, weil dem Erben heute keine interrogatio in iure zu Gebote steht, um sich zuvor darüber zu vergewissern, aus welchem Grunde der Beklagte Besitz ergriffen hat.

[30]) Nach früherem Recht kommen noch in Betracht die restitutio in integrum (gegen den Schuldvertrag) und die Klagen des Code civil Art. 1184 auf Reszission eines Vertrags.

[31]) Nämlich bezüglich der Klage aus den Ansprüchen, die erst durch die zurückwirkende Rechtsänderung entstehen werden. Vgl. o. Bd. 1 § 57 bei Note 57 f. (S. 375).

[32]) So mit Recht Seuffert, Erl. 2 b zu § 25 u. a.

ist und die, einmal entstanden, auf den Rechtsnachfolger im Eigentum oder Besitz übergehen (sog. subjektiv dingliche Verpflichtungen, „Verpflichtung, welche auf einem Grundstücke ruht" [ZPO. § 266]), nicht aber solche, welche durch das Verhalten des Eigentümers oder Besitzers entstanden sind und ihn nicht als solchen, sondern als den Täter oder aus einem sonstigen Grunde belasten.[33])

β) Nur „persönliche" Verpflichtungen. Es scheiden also alle dinglichen Ansprüche aus.[34]) Den Anspruch aus § 867 und § 1005 wird man jedoch hierher zu rechnen haben.

Demnach gehören hierher: Die Ansprüche des Gemeinschafters gegen den Miteigentümer als solchen (BGB. §§ 749, 753 f.), die Ansprüche des § 809, der Verwendungsanspruch der §§ 994 f.,[35]) der Wertersatzanspruch des § 915 (Überbau), der auf die Vormerkung gestützte Anspruch gegen den Singularnachfolger, falls man seinen dinglichen Charakter leugnet.[36]) Auch die Klage auf Feststellung des Eintritts des Grundstückserwerbers in das Mietverhältnis wird hierher zu zählen sein.[37]) — Nicht hierher gehören die Ansprüche aus unerlaubten Handlungen des Grundstückseigentümers oder Besitzers (auch nicht im Falle des § 836, weil trotz der Fassung der Vorschrift nur derjenige haftet, den die Schuld trifft); nicht die Ansprüche aus § 1108 (weil sie nur denjenigen Eigentümer treffen, der es zur Zeit der Fälligkeit war); nicht die Ansprüche aus einer für den Eigentümer geschehenen Geschäftsbesorgung; nicht die Ansprüche, die sich aus der zivilen oder aus der Gläubigeranfechtung ergeben (weil ihr Grund die Anfechtbarkeit der Rechtshandlung des Schuldners ist).

b) Der Gerichtsstand umfaßt ferner (elektiv) alle Klagen wegen Beschädigung eines Grundstücks und in betreff der Entschädigung wegen Enteignung, letztere nur insoweit, als er für sie nicht durch andere gesetzliche Bestimmungen als ausschließlicher bestimmt ist.[38]) Die Beschädigung des Grundstücks muß direkt den Grund des Anspruchs bilden. Es gehören also nicht hierher die Ansprüche gegen die Feuerversicherungsgesellschaft oder sonstige Vertragsansprüche. Die meisten der unter § 26 fallenden Ansprüche sind Ansprüche aus einer unerlaubten Handlung. Aber nötig ist eine solche nicht.[39])

3. Die Gerichtsstände der §§ 26/7 ZPO. ergreifen nicht die Exterritorialen.

V. Bei der Prüfung der Zuständigkeit kommt lediglich die vom Kläger zur Entscheidung gestellte Rechtsbehauptung[40]) in Betracht. Für die

---

[33]) Vgl. o. Bd. I § 41 III, 3, b, c.
[34]) So auch die dinglichen Nachbarrechte (o. Note 3, 4).
[35]) Arg. § 999 II. Die Wiedererlangung der Sache oder die Genehmigung (§ 1001) ist nicht causa efficiens gegen (Stonietzki-Gelpcke, Erl. 2e zu § 26).
[36]) Vgl. o. Note 17.
[37]) Vgl. o. Bd. 1 § 41[8]. Über die a. aquae pluviae arcendae vgl. o. Note 3.
[38]) Geschehen in R. RayonG. v. 21. 2. 1874 § 42, preuß. EnteignungsG. v. 11./6. 1874 § 30.
[39]) Man denke z. B. an BGB. §§ 867[2], 904[2] oder an Beschädigungen durch Truppenübungen. — Danach hat § 26 eine selbständige Bedeutung neben dem § 32 (forum delicti commissi).
[40]) Entscheidend ist also der Klagantrag, dessen mehrdeutiger Sinn aber hier wie überall aus der Klagbegründung näher zu bestimmen ist. (Mehrdeutig ist der

Frage, ob der dingliche ausschließliche Gerichtsstand für die Klage maßgebend ist, kommt es z. B. lediglich darauf an, ob die Klage eine Belastung oder die Freiheit (nicht nur die Pflicht zur Befreiung) von einer Belastung behauptet, die, wenn sie besteht, ihrer Art nach eine dingliche ist.[41]) Ob sie besteht, darüber soll entschieden werden. Die Zuständigkeit des Gerichts der belegenen Sache hängt nicht davon ab, daß die Rechtsbehauptung begründet ist; die Unzuständigkeit eines anderen Gerichts ist deshalb nicht weniger vorhanden, weil die Klage unbegründet ist.

§ 102.

d) Der Gerichtsstand der Erbschaft.[1])

Ob ein besonderes forum hereditatis bestehe und sich nur auf die Zeit der hereditas iacens oder darüber hinaus erstrecke, war in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis streitig.[2]) Die ZPO. hat es in Anlehnung an das preußische Recht (AGO. I, 2 § 121 f.) und neuere Gesetze und Entwürfe aufgenommen.

I. Der Gerichtsstand der Erbschaft ist,

1. falls der Erblasser zur Zeit seines Todes im Inlande den allgemeinen Gerichtsstand[3]) hatte, bei dem Gerichte, bei dem dieser begründet war (§ 27 I);

2. falls aber der Erblasser ein Deutscher war und zur Zeit seines Todes im Inlande keinen allgemeinen Gerichtsstand hatte, bei dem Gerichte, in dessen Bezirk der Erblasser seinen letzten inländischen Wohnsitz hatte. Hatte der Erblasser seinen letzten Wohnsitz im Auslande oder hielt er sich dort wohnsitzlos zur Zeit seines Todes auf, so ist der Gerichtsstand bei dem Gericht, wo er früher den letzten inländischen Wohnsitz hatte, falls er aber niemals einen solchen gehabt hat, bei dem Gerichte der Hauptstadt seines Heimatsstaates und, wenn er Deutscher war, ohne einem Bundesstaat anzugehören, bei dem Amtsgericht Berlin-Mitte bzw. bei dem Landgericht Berlin I.[4]) — Diese, von der Novelle von 1898 eingefügte Vorschrift

---

Antrag, den Beklagten zur Bewilligung der Löschung zu verurteilen, weil diese Bewilligung als die des § 894 BGB. oder als die Einwilligung der Aufhebung gemeint sein kann.) Nur mit obiger Beschränkung kann dem in RG. 20 S. 405 aufgestellten Satze zugestimmt werden.

[41]) Auf den Namen, den der Kläger der Belastung beilegt, kommt es nicht an, sondern auf den Inhalt der Rechtsbehauptung. Die juristische Subsumtion ist Sache des Gerichts.

[1]) ZPO. § 27. Wach I § 36, Planck I § 17, Fitting, Arch. ziv. Pr. 61 406 f.

[2]) Vgl die Nachweisungen bei Wach I 429[1] und Planck I 65,6.

[3]) Nicht nötig ist, daß dieser sich auf den Wohnsitz des Erblassers gründete. Vgl. ZPO. § 16 (o. § 99 I, 2, 3). Hatte der Erblasser einen mehrfachen inländischen Gerichtsstand (z. B. infolge mehrfachen Wohnsitzes), so ist der Gerichtsstand der Erbschaft mehrfach vorhanden. [4]) § 27 II, vgl. o. § 89 I.

schafft einen Gerichtsstand der Erbschaft im Inlande zu dem Zwecke, daß bei Beerbung eines Deutschen die erbschaftlichen Streitigkeiten stets vor einem deutschen Gerichte zum Austrage gebracht werden können und die Anwendung des deutschen Rechts, nach dem der Deutsche stets beerbt wird (Art. 24 des EG. z. BGB.), sichergestellt ist.

Die zuvor bezeichneten Tatsachen bedingen die Zuständigkeit und sind deshalb, wenn diese nicht aus einem anderen Grunde (z. B. wegen des Wohnsitzes des Beklagten) außer Zweifel steht, zu prüfen, ehe das Gericht sachlich entscheiden kann. Ergibt sich z. B., daß die Person, deren Beerbung behauptet wird, nicht gestorben ist, so fehlt der Gerichtsstand der Erbschaft. So auch dann, wenn der Verschollene zu der in der Todeserklärung angegebenen Todeszeit seinen letzten Wohnsitz in dem Bezirke des Prozeßgerichtes hatte, der Beklagte aber beweist, daß er früher oder später gestorben ist und zu dieser wirklichen Todeszeit den allgemeinen Gerichtsstand an einem anderen Orte gehabt hat.

II. Der Gerichtsstand umfaßt als rein sachlicher Gerichtsstand ohne Rücksicht auf die Momente, die in den Fällen unter III von Bedeutung sind, folgende Klagen:

1. Die Klage auf Feststellung des Erbrechts (die positive, wie die negative). Erbrecht ist hier keineswegs nur in dem engeren Sinne und in der Ausgestaltung, wie wir sie zurzeit in dem BGB. finden, zu verstehen. Denn der Gerichtsstand bezog sich bis zum 1. Januar 1900 auf die im Landesrecht verschieden geregelten Fälle der Beerbung,[5]) und noch jetzt findet er auch dann Anwendung, wenn diese sich nach ausländischem Rechte beurteilt. Als Streit über das Erbrecht ist vielmehr jeder Streit über die Gesamtnachfolge in das Vermögen eines Gestorbenen zu verstehen, mag diese sich auf dessen (widerrufliche oder bindende) Verfügung[6]) oder auf Gesetz[7]) gründen, mag es sich um die „Beerbung nach den allgemeinen Vorschriften“ (BGB. § 1483 I, 2) oder um eine besonders geartete handeln,[8]) mag die erste Succession oder die Nachfolge in Frage stehen, welche für einen zweiten eintritt, nachdem ein anderer der unmittelbare Nachfolger des Erblassers

---

[5]) Vgl. auch EG. z. BGB. Art. 213.

[6]) Die Wirkung eines Erbvertrags (Bindung) bezüglich der Beerbung — im weiteren Sinne — hat auch der Ehevertrag, der allgemeine Gütergemeinschaft festsetzt. Vgl. BGB. §§ 1508, 1509, 1516, m. Rechtskraft 213.

[7]) Auch Noterbenrechte gehören hierher, soweit sie nach dem noch maßgebenden alten Rechte (EG. z. BGB. Art. 213) und ausländischen Rechte (Art. 25) in Betracht kommen.

[8]) Die Eigenart kann darin liegen, daß sich das Vermögen in verschiedene Massen spaltet und in verschiedener Weise auf die Rechtsnachfolger des Gestorbenen übergeht. So ist es bei der „fortgesetzten Gütergemeinschaft“, von der Planck, Erl. IV, 6 zu § 1483 sagt, daß sie „einen ähnlichen Charakter habe, wie ein durch Vertrag eingeräumtes Erbrecht“. Vgl. näher o. Bd. 1 § 40 I, 1a. Daß das Gesetz nicht mehr wie der I. Entwurf § 1382 f. von „gütergemeinschaftlicher Erbfolge“ spricht, kann die Anwendbarkeit des § 27 ZPO. nicht hindern. A. M. die Kommentare. Auf alle Fälle gilt § 27 ZPO. im Falle des § 1483 II BGB.

geworden war, so daß die folgenden Nachfolger sich zwar auf die Verfügung des Erblassers stützen, aber sich nicht direkt an ihn anschließen,[9]) mag die Nachfolge sich von selbst vollziehen oder mag diese erst durch die Annahme der Erbschaft eintreten, mag der Streit über die bereits eingetretene Nachfolge oder über das künftig erst zu verwirklichende ius succedendi [10]) geführt werden.[11]) Erbrecht als ius successionis kann nicht nur von dem Erben zum Gegenstande des Prozesses gemacht werden, sondern auch von dem Erbeserben und von sonstigen Personen, die direkt an die erbrechtliche Stellung des Erben nachgefolgt sind. Das ist der Erwerber eines nach §§ 2033 f. veräußerten Erbteils, nicht aber der Erbschaftskäufer, weil dieser nur Singularsukzessor werden kann.[11a])

Keine Klage auf Feststellung des Erbrechts ist die Klage auf Rescission des Erbschaftserwerbs wegen Erbunwürdigkeit. Der § 27 ZPO. ist aber auch dann entsprechend anzuwenden, wenn diese Klage für sich allein angestellt wird, d. h. nicht in Verbindung mit der Klage auf Feststellung des Erbrechts, welches dem Kläger erst dann zustehen wird, wenn das Rescissionsurteil die Rechtskraft beschritten haben wird.[12])

Auf den Streit von Anfallsberechtigten über die Nachfolge in das Vermögen einer erloschenen juristischen Person [13]) bezieht sich der § 27 ZPO. direkt nicht. Unbedenklich ist er aber jedenfalls dann entsprechend anzuwenden, wenn der Fiskus als Anfallsberechtigter in Frage kommt (arg. § 46 BGB.). In den Fällen, in denen eine Zwangsliquidation stattfindet, ist die Frage ohne Bedeutung, soweit es sich um die Gläubiger (§ 28 ZPO.) handelt (arg. BGB. § 49 II).

2. Klagen (auf Verurteilung oder Feststellung), „welche Ansprüche des Erben gegen den Erbschaftsbesitzer zum Gegenstande haben".

---

[9]) In den gewöhnlichen Fällen heißt dieser entferntere Nachfolger des Erblassers der Nacherbe, während er im gemeinen Recht Universalfideikommissar genannt wurde. Vgl. o. Bd. 1 § 39 a. E. Nach m. M. gehört auch der Streit um die Fideikommiß- und Lehensnachfolge in den Gerichtsstand des § 27 ZPO. (A. M. RG. 21 Nr. 86).

[10]) Auch heute noch kann dieses in Betracht kommen, so wenn der zur Nacherbschaft Berufene vor Eintritt des Nacherbfalls auf Feststellung seines erbrechtlichen Anwartschaftsrechts klagt. Vgl. ferner Note 12.

[11]) Das alles sind Unterschiede, die für die prozessuale Vorschrift des § 27 ZPO. nicht in Betracht kommen. Sie ist nicht auf eine bestimmte Art des „Erbrechts" zugeschnitten, sondern will einen Gerichtsstand für Streitigkeiten über die Sukzession in das Vermögen eines Verstorbenen mit Rücksicht auf dessen Verhältnisse schaffen.

[11a]) Über die Aktiv- und Passivlegitimation des Testamentsvollstreckers und Nachlaßpflegers vgl. o. Bd. 1 § 44 [30], [39].

[12]) BGB. §§ 2342 II, 2344, vgl. o. Bd. 1 § 34 I, 5, § 35 bei Note 38 f., auch § 17 [76] f. — Die Anfechtung eines Testaments oder Erbvertrags nach §§ 2078/9, 2279, 2281 und die Anfechtung der Antretung und Ausschlagung (§ 1955) geschieht durch Erklärung an das Nachlaßgericht. Es ist also unmöglich, die Anfechtungserklärung in die Klagschrift aufzunehmen. Vgl. o. Bd. 1 § 35 II, 2 a. Auch wenn dies zulässig wäre, wäre die Situation ganz anders (o. Bd. 1 § 35 II, 2 b).

[13]) Vgl. o. Bd. 1 § 40 I, 2.

Die alte ZPO. sprach nur von Klagen, welche Erbrechte zum Gegenstande haben. Die Scheidung zwischen der Klage auf Feststellung des Erbrechts und aus den oben bezeichneten Ansprüchen stammt aus der Novelle von 1898. Die neue Fassung ist gewählt mit Rücksicht auf die Terminologie des BGB. §§ 2018 f.

a) Soweit sich die Beerbungsverhältnisse nach diesem regeln, sind alle Ansprüche gemeint, die gegen den Erbschaftsprätendenten *als solchen* begründet sind. Dies sind

α) diejenigen, die dadurch entstehen, daß er „etwas aus der Erbschaft erlangt hat" (§ 2018). Sie haben das gemeinsame Charakteristikum, daß sie durch die Verletzung der Erbenstellung (genauer: der durch die Beerbung erlangten Rechte) begründet werden. Dadurch treten sie in eine Beziehung zueinander[14]) und erhalten vom Gesetz teilweise einen besonderen Inhalt und solche Eigenschaften, die sie von den Ansprüchen unterscheiden, die entstehen würden, wenn nicht die besonderen, die allgemeinen Vorschriften ausschließenden Normen der §§ 2018 f. vorhanden wären;[15])

β) ferner die Ansprüche auf Auskunftserteilung (§§ 2027 I, 2362 II) und auf Herausgabe des falschen Erbscheins an das Nachlaßgericht (§ 2362 I), die sich gegen den Erbrechtsprätendenten als solchen richten und wohl von den Ansprüchen zu unterscheiden sind, die ohne Rücksicht auf Erbrechtsprätension entstehen (§§ 2027 II, 2028).

Dem Erbprätendenten steht gleich, wer die Erbschaft von dem angeblichen Erben als Gesamtheit durch Vertrag (BGB. §§ 2371, 2385) erworben hat (§ 2330).

Alle diese Ansprüche sind im Gerichtsstand der Erbschaft auch dann verfolgbar, 1. wenn sie nicht in Verbindung mit einer Erbrechtsfeststellungsklage eingeklagt werden,[16]) 2. wenn sie sich auf Grundstücke beziehen,[17]) 3. wenn nicht alle zurzeit begründeten Ansprüche eingeklagt werden, sondern nur einige oder nur einer von ihnen,[18]) 4. wenn der Umstand, daß der Beklagte sich fälschlich Erbrecht zuschreibt, nicht schon in der Klagschrift ange-

---

[14]) Man sagt gewöhnlich, daß ein „Gesamtanspruch" vorliege. Zu beachten ist, daß ZPO. § 27 nicht von einem solchen redet, sondern von den Ansprüchen des Erben.

[15]) Vgl. o. Bd. 1 § 31 C (S. 212). Daß das Verhältnis der §§ 2018 f. zu den allgemeinen Vorschriften das der Gesetzeskonkurrenz ist, daß es also heute *von Rechts wegen* keine Einzelansprüche *neben* dem sog. Gesamtanspruch gibt, nimmt jetzt auch Langheineken, Anspruch und Einrede 162 an. Zustimmend auch Binder, Rechtsstellung des Erben 3 400, 442 f.

[16]) Die Frage, ob eine *solche* Klage begründet ist, ist ganz unabhängig von der Frage, ob jene Ansprüche vorhanden und verfolgbar sind, zu beantworten. Prätendiert der zu Beklagende jetzt nicht *mehr* das Erbrecht, so fehlt das Feststellungsinteresse. — Die Einsicht in die Notwendigkeit, die Eigentums- und Erbrechtsfeststellungsklage von den Klagen aus den Ansprüchen, für die das Bestehen jener Rechte die Vorfrage bildet (§ 322 ZPO.), verbreitet sich jetzt immer mehr.

[17]) Vgl. o. § 101 [13], [20].

[18]) Dies ist namentlich für die sachliche Zuständigkeit von Bedeutung. Vgl. o. S. 191 [17].

führt ist, sondern sich erst im Laufe des Prozesses herausstellt. Ob dies durch Anführung des Klägers oder des Beklagten geschieht, ist gleichgültig.[19]) 5. Für die Zuständigkeit ist es ferner ohne Bedeutung, ob der Erbe selbst klagt oder ein Testamentsvollstrecker oder Nachlaßpfleger oder wer sonst befugt ist, den Nachlaß zu verwalten.[20]) 6. Ebenso ist es passiv ohne Bedeutung, ob die Ansprüche gegen den Erbschaftsbesitzer oder gegen einen Dritten geltend gemacht werden, der in seine Verpflichtung eingetreten ist oder über die Verpflichtung des Erbschaftsbesitzers prozessiert. Ein Schuldsukzessor ist auch der Erbschaftskäufer.[21]) Ihn erwähnt das Gesetz (§ 2030) ausdrücklich.[22])

b) Der § 27 I ZPO. ist auch dann anwendbar, wenn für die Beerbung nicht das BGB. maßgebend ist. Dann sind alle Ansprüche hierher zu zählen, die gegen einen Nichterben entstehen, weil er, sich Erbrecht zuschreibend, die Rechte des Erben verletzt hat.[23])

3. In den Gerichtsstand der Erbschaft gehören ferner die Klagen, „welche Ansprüche aus Vermächtnissen oder sonstigen Verfügungen Todes wegen oder Pflichtteilsansprüchen zum Gegenstande haben".

Ist das Recht des BGB. maßgebend, so kommen auch die sog. gesetzlichen Vermächtnisse (§§ 1932, 1969) in Betracht (nicht aber die Schenkung von Todes wegen, da es diese als besonderes Rechtsinstitut nach § 2301 überhaupt nicht mehr gibt), ferner alle Ansprüche aus Auflagen (§§ 2192 6, 1940), die Ansprüche, die dem Testamentsvollstrecker als solchen gegen den Erben oder diesem gegen jenen zustehen, endlich auch die Prozesse, die zwischen einem Dritten, der in der Form des § 331 BGB. von Todes wegen bedacht ist, und dem Erben, auf dessen Kosten der Dritte bedacht ist, geführt werden.[24]) Nicht gehören hierher die in §§ 2288 II, 2329 gegen Dritte gewährten Ansprüche. Sie sind nicht Ansprüche aus Verfügungen von Todes wegen, sondern gesetzliche Verpflichtungen, die aus Anlaß von solchen entstehen.

Auch die Klage aus Feststellung des Nichtbestehens eines der erwähnten Rechtsverhältnisse gehört hierher. So auch eine solche Klage, die darauf gegründet wird,

[19]) Die nachträgliche Angabe dieses für die Zuständigkeit maßgebenden Umstandes ist keine Klagänderung. Vgl. Note 15 und § 100[29].

[20]) Vgl. näher o. Bd. 1 § 44[30] (Pfleger), § 44[30] (Testamentsvollstrecker), § 49 IV (Prozeßstandschaft). [21]) Vgl. o. Bd. 1 § 41 III.

[22]) Wie ja auch die hereditatis petitio gegen den emtor hereditatis ging.

[23]) Nach einem Rechte, das die Unvererblichkeit des Besitzverhältnisses bestimmt, kann die Inbesitznahme keine Verletzung des dem Erben zustehenden Besitzrechts (im Sinne von BGB. § 861) sein. Aber der Erbe hat dann das ausschließliche Recht auf Inbesitznahme und dieses wird verletzt, wenn ein Nichterbe dem Erben zuvorkommt. Dieser klagt dann nicht auf Wiedereinräumung des Besitzes, sondern er wird klagbar adipiscendae possessionis causa. Die hereditatis petitio diente diesem Zwecke auch gegenüber dem possessor pro herede. Das kann auch heute noch von Bedeutung werden (Art. 213 EG. z. BGB.).

[24]) So z. B. die Klage auf die Feststellung, daß dem Dritten die Forderung auf die Lebensversicherungssumme zusteht oder nicht zusteht, nicht aber die Klage des bedachten Dritten gegen die Versicherungsgesellschaft. Letzteres ebensowenig, als wenn der Erblasser als Form der Zuwendung von Todes wegen das Vermächtnis gewählt hätte und die Forderung dem Dritten durch den belasteten Erben abgetreten wäre. Vgl. zum Ganzen m. Verträge 350f.

daß der Vermächtnis- oder Pflichtteilsanspruch durch Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit beseitigt ist.[25]

4. „Klagen, welche die Teilung der Erbschaft zum Gegenstande haben“. Dies sind alle Klagen, welche von Miterben gegen solche erhoben werden und die Auseinandersetzung betreffen. Soweit das BGB. in Betracht kommt, sind dies nur Klagen auf Feststellung und Verurteilung zur Erfüllung der Verpflichtungen, die das Gesetz den Miterben zum Zweck der Vollziehung der Teilung (einschließlich der Ausgleichung) auferlegt. Teilungsklagen im Sinne der actio familiae erciscundae können nur noch in Betracht kommen, soweit das maßgebende frühere Recht oder das ausländische Recht sie kennt.

Das Charakteristikum der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist gerade, daß keine Auseinandersetzung stattfindet. Sie geschieht erst, wenn die von den Kindern mit dem überlebenden Ehegatten fortgesetzte Gemeinschaft beendigt ist (BGB. §§ 1492/6); sie hat nicht das vom Verstorbenen herrührende Vermögen als solches, sondern das den Kindern mit dem Überlebenden gemeinsame Vermögen zum Gegenstande und geschieht nicht nach erbrechtlichen Grundsätzen (§§ 1497 f.). Aus diesem Grunde bleibt der Gerichtsstand des § 27 I (aus der Person des erstverstorbenen Ehegatten) außer Betracht. Wohl aber gilt er in dem Falle des § 1483 II BGB.

III. Der Gerichtsstand der Erbschaft umfaßt ferner nach § 28 ZPO. „die Klagen wegen anderer Nachlaßverbindlichkeiten“,[26]) (d. h. wegen anderer als der unter II, 3 bezeichneten), jedoch nur in beschränkter Weise, nämlich

1. falls die Erbschaft an mehrere Erben fiel, solange, als sie für die eingeklagte Nachlaßverbindlichkeit noch als Gesamtschuldner haften. Dies ist immer der Fall, solange der Nachlaß noch nicht geteilt ist,[27]) kann aber die Teilung überdauern (BGB. § 2360/1). Der Zweck des Gesetzes ist, für die gemeinschaftliche Belangung der Miterben einen Gerichtsstand auf so lange zu schaffen, als der Nachlaßgläubiger ein Interesse daran haben kann, die Prozesse nicht zu vervielfältigen.

2. Falls es sich nicht um Miterben handelt, dauert der Gerichtsstand solange, als sich noch ein zum Nachlaß gehöriger Gegenstand im Bezirke des Prozeßgerichts befindet. Er muß noch dem Erben gehören. Hat er ihn veräußert, so ist der Gegenstand nicht mehr Nachlaß (= Nachlaßbestandteil).

---

[25]) BGB. § 2345 schließt eine Klage auf Erbunwürdigkeitserklärung aus. Die Anfechtung geschieht in gewöhnlicher Weise.

[26]) BGB. § 1967. Außer den vom Erblasser herrührenden und mit dem Erbfall (§§ 1963, 1968) entstehenden Verbindlichkeiten sind Nachlaßverbindlichkeiten alle in KO. §§ 224/5 aufgezählten, ferner diejenigen, welche aus Handlungen der Nachlaßvertreter (Nachlaßpfleger und Testamentsvollstrecker) oder auf Grund eines zum Nachlaß gehörigen Rechts entstehen, nicht aber diejenigen Forderungen, die aus Verträgen des Erben entstehen (selbst dann nicht, wenn sie aus Anlaß der Erbschaft oder für Nachlaßsachen geschlossen werden). Daß die Forderungen des Erben im Falle der Nachlaßverwaltung nach § 1978 III Nachlaßverbindlichkeiten sind und im forum hereditatis gegen den Verwalter eingeklagt werden können, steht damit nicht in Widerspruch. Vgl. o. Bd. 1 § 44 bei und in Note 14.

[27]) Hierauf stellte der § 28 II der alten ZPO., der dem jetzigen § 28 entspricht, ab.

Sind Miterben vorhanden, haften sie aber nicht mehr als Gesamtschuldner, so genügt es nicht, daß sich ein Gegenstand, der aus dem Nachlasse stammt, noch im Bezirke des Prozeßgerichts befindet. Es genügt auch dann nicht, wenn er einem der Miterben zugeteilt ist.[28] Dadurch verliert er die Eigenschaft als *Nachlaßgegenstand* gerade so, als wenn er an einen Dritten veräußert wäre.[29] Anderseits ist es bei Miterben nicht erforderlich, daß sich je Nachlaßgegenstände im Gerichtsbezirke befunden haben.

IV. Der Gerichtsstand der Erbschaft ist nicht ausschließlich. Er konkurriert mit anderen aus der *Person des Beklagten* zu entnehmenden Gerichtsständen.

Jeder *sachliche* Gerichtsstand, der schon für den Erblasser vorhanden war, erhält sich auch für die Klage gegen den Erben, so z. B. der des Erfüllungsorts oder der unerlaubten Handlung. Hier ist es also praktisch gleichgültig, ob der Gerichtsstand der Erbschaft (§ 28) noch vorhanden ist.

§ 103.

e) Gerichtsstände der Obligation.

Unter diesem Namen fassen wir[1] eine Reihe von besonderen Gerichtsständen zusammen, die sich auf Schuldverhältnisse beziehen und sich teils nach dem Erfüllungsort, teils nach dem Entstehungsort, teils nach anderen Momenten bestimmen.

I. *Gerichtsstand des Erfüllungsorts des Vertrags.*[2]

1. Er bezieht sich nur auf *vertragsmäßige Schuldverhältnisse,*[3] also

a) nicht auf *andere* Rechtsverhältnisse, die auf Vertrag beruhen;

Es scheiden aus: die dinglichen Verträge (als solche, im Gegensatz zu dem Kausalvertrag), die Verträge, die das eheliche Güterrecht ordnen und die familien-

---

[28]) Ist die Teilung noch nicht *ganz* vollendet, so ist aus dem unter 1 angeführten Grunde der Gerichtsstand noch vorhanden.

[29]) Es ist also, selbst wenn man den ersten Satz des § 28 (wenn . . . sich befindet) auch auf Miterben bezieht, der Gegenstand nicht mehr als *Nachlaßgegenstand* im Gerichtsbezirk. Beachtet man dies, so verliert die Streitfrage, ob der § 28 so wie im Texte geschehen ist, ausgelegt werden muß, die Bedeutung. Im Resultat stimmt mit uns überein Wach I 441, Seuffert, Gaupp-Stein, a. M. Struckmann, Petersen, Skonietzki-Gelpcke zu § 28.

[1]) Nach dem Vorgange von Wach I 445.

[2]) ZPO. § 29. Die Literatur über diesen praktisch besonders wichtigen Gerichtsstand ist sehr groß: Wetzell § 41 I (forum contractus), Savigny, System 8 205 f., Wach I 446 f., Planck I § 18, Weismann I 96, Schultze, Krit. VJSchr. 18 217 f., Kohler, Arch. ziv. Prax. 70 224 f. (= Beiträge 73 f.), Westerburg bei Gruchot 25 42 f., Stein, das. 28 406 f., Pfizer, das. 30 499 f., P. Mayer, ZZP. 14 241 f., Weismann, ZZP. 17 21 f., Bozi, ZZP. 23 296 f., Oelenheinz, Arch. ziv. Prax. 89 218 f., Oertmann, Z. f. Rpflege in Bayern 1 10 f., 47 f.

[3]) Vgl. über diesen Begriff o. Bd. 1 § 30 IV, 2.

rechtlichen Verträge (Eheschließung und Annahme an Kindesstatt). Die letzteren scheiden schon deshalb aus, weil für nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten ausschließliche Gerichtsstände bestehen. So fällt die Klage auf Erfüllung des Heiratsversprechens, wenn das maßgebende ausländische Recht sie gewährt,[4]) niemals unter den § 27 ZPO. Die gesetzlichen Schuldverhältnisse, die sich auf Grund von Familienverhältnissen entwickeln, gehören auch dann nicht unter den § 29 ZPO., wenn letztere durch Vertrag entstanden sind, so auch nicht die Ansprüche aus BGB. §§ 1298 f.

b) nicht auf solche Schuldverhältnisse, die aus anderen Rechtsgeschäften als aus Verträgen entstehen (wie z. B. aus Vermächtnissen, Auslobung);[5])

c) nicht auf Schuldverhältnisse, die überhaupt nicht aus Rechtsgeschäften entstehen, mag auch der Inhalt des Schuldverhältnisses vertragsähnlich sein,[6]) wie z. B. bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, bei der nicht vertragsmäßigen Gemeinschaft, bei der Verwaltung eines Vormundes, Pflegers oder Testamentsvollstreckers oder des Erben im Falle des § 1978 I BGB., bei der Haftung aus § 812 (auf die ungerechtfertigte Bereicherung),[7]) insbesondere bei der Haftung desjenigen, gegen den die Gläubigeranfechtung gerichtet wird;

α) nicht auf Verpflichtungen, die das Gesetz bei jedem Schuldverhältnisse eintreten läßt, wie z. B. nach § 368 BGB. (Quittungserteilung).

Die Ansprüche aus Wechseln und Inhaberpapieren sind Ansprüche aus Verträgen und gehören deshalb unter den § 29 ZPO., ebenso wie das Schuldverhältnis, welches zwischen dem Schuldner und dem Dritten im Falle des § 328 BGB. entsteht.[8])

2. Der Gerichtsstand bestimmt sich nach dem Erfüllungsort (nicht nach dem Orte des Vertragsschlusses). Wo der Erfüllungsort ist, bestimmt sich nach dem bürgerlichen Rechte, also möglicherweise nach dem mit dem 1. Januar 1900 außer Kraft getretenen oder nach ausländischem Rechte. Soweit das BGB. für das Vertragsverhältnis maßgebend ist, entscheidet der § 269 (mit § 270). Bei gegenseitigen Verträgen kann der Erfüllungsort[9]) für jeden Vertragsschließenden verschieden sein und er ist z. B. verschieden, wenn zur Zeit des Vertragsschlusses Käufer und Verkäufer ihre gewerbliche Niederlassung bzw. ihren Wohnsitz an verschiedenen Orten hatten und nichts

---

[4]) Vgl. ZPO. § 888 II. Das Verlöbnis eines Deutschen ist nicht klagbar, BGB. § 1297.

[5]) Hier können andere besondere Gerichtsstände bestehen, z. B. nach ZPO. § 27 I (Vermächtnisse), § 22 (Mitgliedschaft).

[6]) Die sog. obligationes quasi ex contractu. Es heißt nicht: ex quasi contractu; es gibt keinen Quasikontrakt (als Art der Rechtshandlungen).

[7]) So z. B. nicht aus der Zahlung einer Nichtschuld (ist die Zahlung auch Vertrag, so erzeugt sie doch nicht Schuldverhältnisse, sondern löst sie). In den Fällen der Noten 26/7 liegt der Grund für die Zuständigkeit nicht in der solutio indebiti, sondern in dem Nichtbestehen des Vertragsverhältnisses.

[8]) Über dieses Ergebnis ist man einig (RG. 21 S. 401). Vgl. o. Bd. 1 § 40 II, 5a—c. Bei Ansprüchen aus Wechseln ist die Frage trotz ZPO. § 603 von Bedeutung, nämlich für die Klage im ordentlichen Verfahren. Vgl. u. II.

[9]) Das BGB. sagt: „Ort der Leistung".

anderes (ausdrücklich oder stillschweigend) vereinbart wurde. Der Erfüllungsort wird dadurch nicht verändert, daß eine Leistung Zug um Zug gegen eine andere Leistung zu bewirken ist. Dadurch, daß man das Recht hat, die eigene Leistung von der gleichzeitigen Leistung des anderen Teils abhängig zu machen, wird der Erfüllungsort nicht zu einem einheitlichen.[10])

Auf Einzelheiten über diese für die prozessuale Frage wichtige materiellrechtliche Vorfrage ist hier nicht einzugehen.[11]) Nur darauf ist aufmerksam zu machen, daß der Erfüllungsort ein anderer sein kann, als der Bestimmungsort. Es ist möglich, daß der Verkäufer die Versendung an einen anderen Ort übernimmt, ohne daß letzterer hiermit zum Erfüllungsort gemacht wird;[12]) jeder Geldschuldner hat kraft Gesetzes dem Gläubiger das Geld auf eigene Gefahr und Kosten zu senden, ohne daß hiermit der Wohnsitz des Gläubigers zum Erfüllungsort wird (BGB. § 270). — Auch die Verpflichtung zum Unterlassen einer bestimmten Handlung hat einen Erfüllungsort. Kommt für ihre Vornahme nur ein bestimmter Ort in Betracht, so ist dieser notwendig der Erfüllungsort. Sonst aber (so z. B. wenn ein ausscheidender Gesellschafter verspricht, bei Ankündigungen seine Tätigkeit in dem Geschäfte nicht zu erwähnen) bestimmt sich der Erfüllungsort in Ermangelung einer besonderen Vereinbarung nach der Regel des § 269 II BGB.[13])

3. Der Gerichtsstand des Erfüllungsorts ist nach Reichsrecht von keinen weiteren Voraussetzungen abhängig.[14]) Er beruht nicht etwa auf einer stillschweigenden Unterwerfung unter die Gerichtsgewalt und ist wohl zu unterscheiden von dem vereinbarten Gerichtsstand.[15]) Er umfaßt

a) die Klagen über das Bestehen, die Gültigkeit und den Umfang des Vertragsverhältnisses. Das Gesetz drückt diesen Gedanken spezialisiert aus, indem es in unseren Gerichtsstand verweist

α) „die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des Vertrags" (d. h. der Vertragswirkung),[16]) mag die Klage das Schuld-

[10]) Dies hat Örtmann (o. Note 2) ausführlich dargelegt. Vgl. bes. Seuff. Arch. 49 Nr. 118 (Hamburg).

[11]) Nachweisungen über die Judikatur geben die Kommentare zu § 29, besonders reichhaltig Skonietzki-Gelpcke zu § 29.

[12]) Der § 269 III BGB. sagt ausdrücklich, daß dies aus der Übernahme der Transportkosten allein noch nicht zu schließen ist.

[13]) So Gaupp-Stein, Seuffert, Erl. 6 zu § 29, RG. 52 S. 314.

[14]) Die gemeinrechtliche Praxis forderte für das forum contractus (solutionis), daß der Beklagte am Erfüllungsort anzutreffen sei oder Vermögen besitze (Wetzell § 14 I). Das franz. Recht fordert, daß es sich um Handelssachen handelt. Nach anderer Richtung differiert die Österr. JN. § 88. Sie fordert entweder schriftliche Übereinkunft über den Erfüllungsort oder (unter Handeltreibenden), daß eine mit der Ware übersandte Rechnung unbeanstandet angenommen ist, auf welcher vermerkt ist, daß die Zahlung an einem bestimmten Orte zu leisten ist „und daß an demselben Orte die Klagen aus dem Geschäfte angebracht werden können." In der letzten Bestimmung liegt eine Vermengung des Gerichtsstandes des Erfüllungsortes und der Vereinbarung (JN. § 104); auch sonst ist sie sehr anfechtbar. Verständig ist die Beschränkung des Gerichtsstandes durch das erste Erfordernis. — Über den Beweis des Erfüllungsorts s. o. § 94 S. 180.

[15]) Vgl. u. § 106. Die Vereinbarung über den Erfüllungsort wird vielfach lediglich zu dem Zwecke vorgeschlagen, um dadurch einen Gerichtsstand zu schaffen, ohne daß der andere Teil diese Tragweite merkt („Erfüllungsort für beide Teile ist Berlin"). So namentlich, wenn es sich um Geldschulden handelt.

[16]) Arg. § 256, s. o. Bd. 1 § 58 [14].

verhältnis im ganzen oder eine einzelne Seite desselben[17]) betreffen. Die negative Feststellungsklage ist nicht nur zulässig, wenn der Kläger behauptet, daß das Schuldverhältnis wieder erloschen ist (sei es infolge Rücktritts, sei es infolge der Anfechtung, also mit Rückwirkung gemäß BGB. § 142), sondern auch dann, wenn er im Gegensatz zum Beklagten bestreitet, daß aus dem vorliegenden äußeren Tatbestande des Vertrags das Schuldverhältnis entstanden sei, so z. B. wegen fehlender Geschäftsfähigkeit oder wegen Simulation, wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, wegen verspäteten Eingangs der Annahme oder weil die gewechselten Erklärungen die vom Gegner behauptete Einigung nicht enthalten.

β) Nicht erwähnt im Gesetze ist die Klage auf richterliche nähere Festsetzung der vertragsmäßigen Leistung.[18]) Dies ist zwar keine (positive) Feststellungsklage, aber trotzdem ist sie ebenso wie diese zulässig.[19]) Das Gegenstück zu ihr ist die neben der negativen Feststellungsklage ausdrücklich als zulässig bezeichnete „Klage auf Aufhebung des Vertrags“ (durch konstitutiven Richterspruch).[20]) Während gewisse Mängel den Vertrag von Rechts wegen unwirksam bleiben lassen und andere der Partei das Recht geben, das Vertragsverhältnis durch einfache Erklärung aufzuheben, gewähren wieder andere Mängel nur das Recht, im Wege der Klage die Aufhebung des Vertrags herbeizuführen. Darunter gehört die klageweise Geltendmachung des Rechts auf restitutio in integrum gegen den Vertragsschluß,[21]) die Klage auf Herabsetzung der Vertragsstrafe oder der Gebührenforderung des Rechtsanwalts.[22])

Verwandt (wenn auch in der Konstruktion verschieden) ist die Klage aus dem Anspruch auf Zustimmung zu der Wandelungserklärung des Käufers wegen (ursprünglicher) Mangelhaftigkeit der gekauften Sache.[23])

Außer diesen Feststellungs- und Rechtsgestaltungsklagen gehören in den Gerichtsstand des Erfüllungsortes

b) „die Klagen auf Erfüllung“[24]) und „auf Entschädigung wegen

---

[17]) Vgl. o. Bd. 1 § 58 III, 2 a. E.

[18]) Also auf Ordnung des noch nicht vollkommenen Schuldverhältnisses, z. B. nach BGB. §§ 315 III, 2, 319 I, 2 (der Art, nicht der Form nach gleich: KO. § 85 I, 2 und die Kostenfestsetzung im Prozesse). Kisch, Beiträge zur Urteilslehre, nennt diese konstitutiven Urteile festsetzende Urteile. — Nicht um Vertragsverhältnisse handelt es sich in den Fällen BGB. §§ 660, 2048 [3], 2192.

[19]) Seuffert, Erl. 3, 6 stellt sie neben die Klage auf Vertragserfüllung.

[20]) Vgl. o. Bd. 1 § 34 V.

[21]) Dem BGB. ist das Institut nicht mehr bekannt. Trotzdem kann eine solche Klage auch jetzt noch vorkommen (früheres oder ausländisches Recht).

[22]) BGB. § 343, GebO. f. RA. § 93 IV, vgl. o. § 86 IV. — Über die Klage auf Aufhebung wegen nachträglich entstehender Aufhebungsrechte s. unter b.

[23]) Über die Zulässigkeit oder Notwendigkeit eines ausdrücklich auf Verurteilung zu jener Zustimmung gerichteten Klagantrags vgl. neuestens RG. 58 Nr. 108, 59 S. 98, in DJZ. 05 568.

[24]) Die Klage muß auf Erfüllung der Vertragspflicht gerichtet sein. Als solche Erfüllung kann die Aussonderung im Konkurse nicht verlangt werden; die Konkursmasse ist deshalb in ihrem allgemeinen Gerichtsstand zu verklagen (RG. 31 S. 393; „wo die Masse liegt“). Handelt es sich um Sachen, so wird die Aussonde-

Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung". Auch die Klage „auf Aufhebung des Vertrags" kommt hier nochmals in Betracht.

Man ist darüber einig, daß dieser Wortlaut des § 29 zu eng ist. Streit besteht über den Umfang, in dem die ausdehnende Auslegung stattzufinden hat. Zulässig sind im Gerichtsstand des Erfüllungsorts alle Klagen aus Rechten, die sich aus dem Vertrag und der späteren Entwicklung des Schuldverhältnisses ergeben, mag diese auf zufälligen oder verschuldeten Ereignissen (insbesondere auf Verzug) beruhen.

Hierher gehören die Klagen aus den Rechten auf Rechtsänderung wegen späterer Ereignisse, mag die Rechtsgestaltung in der Aufhebung des Vertragsverhältnisses oder eines aus ihm entsprungenen Rechts bestehen.[25])

„Entschädigung" ist nicht nur auf die Klagen auf Schadensersatz (Interesse) zu beziehen, sondern auf die Rückgewähr von Leistungen, die infolge Ausübung des vertragsmäßigen oder gesetzlichen „Rücktritts" oder der Wandelung oder Minderung oder des Eintritts der Unmöglichkeit, die der Empfänger der Vorleistung nicht zu vertreten hat,[26]) geschuldet werden. Sind diese Ansprüche im Gerichtsstand des Erfüllungsortes verfolgbar, so muß dasselbe von den Ansprüchen auf Rückgewähr gelten, wenn das Gesetz die Konstruktion wählt, daß es wegen eines Willensmangels die Anfechtung in dem technischen Sinne des BGB. gestattet und durch diese den Vertrag vernichten läßt.[27]) Nimmt man dies an, so umfaßt der § 29 ZPO. auch die Ansprüche auf das negative Interesse, die entstehen, wenn der Vertrag wegen Geschäftsirrtums angefochten wird (§ 122 BGB.) oder wenn aus dem im übrigen vollkommenen Vertrage nur eine Entschädigungsforderung wegen ursprünglicher Unmöglichkeit der Leistung entspringt (BGB. § 307), oder wenn die Forderung auf das negative Interesse gegen den Vertreter aus seinem ohne Vertretungsmacht geschlossenen Vertrage geltend gemacht wird.[28])

---

rung in Wahrheit kraft des Oberbesitzes des Deponenten usw. geschuldet (vgl. m. Rechtskr. 352 f., 360, o. Bd. 1 § 31[76]). Das Verfolgungsrecht des § 44 KO. macht ebenfalls nicht eine Vertragspflicht geltend und noch weniger der Anspruch auf Aussonderung, der auf § 46 KO., § 392 HGB. beruht. Übereinstimmend (in der Ablehnung des § 29 ZPO. für Aussonderungsklagen) die herrschende Meinung (so Gaupp-Stein, Erl. I[7], Skonietzi-Gelpcke, Erl. 2b zu § 29, auch RG. 31 S. 392); a. M. Seuffert, Erl. 3b zu § 29 ZPO., Jäger, Erl. 33 zu § 43 KO., RG. in Seuff. Arch. 50 Nr. 79.

[25]) Dahin gehörten die Auflösungsklagen des Code civil Art. 1184 (wegen Nichterfüllung), die Klagen aus HGB. §§ 117, 127, 133, 140, 142.

[26]) BGB. § 323 III (Haftung nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung).

[27]) Übereinstimmend Seuffert, Erl. 3c, während Gaupp-Stein, Erl. II, 3 den Anspruch auf Rückgewähr nur in Verbindung mit der negativen Feststellungsklage in den Gerichtsstand des Erfüllungsorts verweist. Vgl. dazu Note 41. — Haftet der Beklagte ex delicto, so hilft dem Kläger der Gerichtsstand des § 32. Zu RG. 49 Nr. 15 vgl. jetzt RG. in JWSchr. 1905 S. 525 f.

[28]) BGB. § 179. Daß der § 29 ZPO. zutrifft, wenn der andere Kontrahent die Vertragserfüllung wählt, ist allgemein anerkannt. Der Anspruch auf das negative Interesse hat aber denselben Grund: vgl. u. § 129. — Ist in Erwartung des Vertragsschlusses (z. B. eines Kaufs) eine Sache schon übergeben und ange-

4. Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes ist ein sachlicher.[29]) Er ist dort, wo „die **streitige** Verpflichtung zu erfüllen ist".[30]) Bei der negativen Feststellungsklage kommt natürlich nur der Ort in Betracht, wo zu erfüllen wäre, wenn der Vertrag gültig oder wenn die streitige Verpflichtung noch nicht untergegangen wäre.

„Streitig" ist die Verpflichtung, über die nach dem Klagantrag zu entscheiden ist, bei der Klage auf Verurteilung also stets die des Beklagten. Sonst kann es aber unter Umständen die Verpflichtung des Klägers sein, so daß sich der Gerichtsstand nach diesem bestimmt. Demnach ist maßgebend

a) der Erfüllungsort des Klägers als des Schuldners, wenn er auf Aufhebung des Vertrags oder die Feststellung klagt, daß **er** nichts oder nichts mehr schuldet, sei es, weil der Vertrag nicht zustande gekommen sei, sei es, weil der Kläger erfüllt habe oder infolge Anfechtung, Rücktritts, Wandelung oder Minderung[31]) nichts oder weniger als bisher schulde. Bei gegenseitigen Verträgen kommt es darauf, wo der Kläger zu erfüllen hätte, bezüglich der Gerichtsstandsfrage auch dann an, wenn die Klage den Bestand des ganzen Vertragsverhältnisses betrifft.[32]) Er kann also seinen Erfüllungsort wählen und braucht nicht an dem des Gegners zu klagen.

b) Dagegen ist der Gerichtsstand da, wo der Beklagte zu erfüllen hat, wenn der Kläger die positive Feststellungsklage[33]) oder die Klage auf Verurteilung des Beklagten zu einer Leistung begehrt. Letzteres gilt nicht nur bei der Klage auf Erfüllung, sondern auch bei der Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung,[34]) auf Vertragsstrafe oder auf Rückgewähr, insbesondere auf Rückzahlung des Kaufpreises wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache.[35]) Denn durch die Leistung des Klägers ist dessen Verpflichtung (z. B. auf das Kaufgeld) untergegangen; jetzt handelt es sich nicht mehr um die ursprüngliche Verpflichtung des Käufers zur Zahlung, sondern um die Verpflichtung des Verkäufers zur Rückzahlung; die letztere ist eine durch

---

nommen, so liegt darin ein Vertrag, der seine Bedeutung hat, wenn der Kauf nicht zustande kommt. (Ob er als Verwahrungsvertrag oder anders aufzufassen ist, ist eine weitere Frage.) Der Verkäufer hat einen Vertragsanspruch auf Rückgabe, hier nicht weniger, als gegen den Käufer, dem die Ware auf Probe übergeben ist.

[29]) Über die Bedeutung dieses Satzes, namentlich gegenüber anderen Personen als den Kontrahenten, s. o. § 98 S. 216.

[30]) Über Teilung des Orts in mehrere Gerichtsbezirke vgl. o. § 98 I, bes. Note 5.

[31]) Sei es, daß bereits die Zustimmung zu dieser erfolgt ist, sei es, daß sie in der Klage (Note 23) verlangt wird, so daß der Käufer also nach Abgabe der Erklärung oder nach ihrer Ersetzung durch das Urteil (ZPO. § 894) nichts mehr schulden wird. Hat der Käufer bereits geleistet, so ist er deshalb nichts mehr schuldig und er kann nicht die negative Feststellungsklage erheben, weil sie auf die Vergangenheit gerichtet werden müßte und dies nicht zulässig ist (o. Bd. 1 § 48 III, 3 a).

[32]) Das ist in Literatur und Judikatur allgemein anerkannt (RG. 27 S. 398, 56 S. 139). [33]) So auch dann, wenn es sich um gegenseitige Verträge handelt.

[34]) Sie ist eine einseitliche, RG. 55 S. 42 f.

[35]) Dies gilt auch dann, wenn der Käufer ausdrücklich auch auf Zustimmung zur Wandlung klagt.

Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung". Auch die Klage „auf Aufhebung des Vertrags" kommt hier nochmals in Betracht.

Man ist darüber einig, daß dieser Wortlaut des § 29 zu eng ist. Streit besteht über den Umfang, in dem die ausdehnende Auslegung stattzufinden hat. Zulässig sind im Gerichtsstand des Erfüllungsorts alle Klagen aus Rechten, die sich aus dem Vertrag und der späteren Entwicklung des Schuldverhältnisses ergeben, mag diese auf zufälligen oder verschuldeten Ereignissen (insbesondere auf Verzug) beruhen.

Hierher gehören die Klagen aus den Rechten auf Rechtsänderung wegen späterer Ereignisse, mag die Rechtsgestaltung in der Aufhebung des Vertragsverhältnisses oder eines aus ihm entsprungenen Rechts bestehen.[25])

„Entschädigung" ist nicht nur auf die Klagen auf Schadensersatz (Interesse) zu beziehen, sondern auf die Rückgewähr von Leistungen, die infolge Ausübung des vertragsmäßigen oder gesetzlichen „Rücktritts" oder der Wandelung oder Minderung oder des Eintritts der Unmöglichkeit, die der Empfänger der Vorleistung nicht zu vertreten hat,[26]) geschuldet werden. Sind diese Ansprüche im Gerichtsstand des Erfüllungsortes verfolgbar, so muß dasselbe von den Ansprüchen auf Rückgewähr gelten, wenn das Gesetz die Konstruktion wählt, daß es wegen eines Willensmangels die Anfechtung in dem technischen Sinne des BGB. gestattet und durch diese den Vertrag vernichten läßt.[27]) Nimmt man dies an, so umfaßt der § 29 ZPO. auch die Ansprüche auf das negative Interesse, die entstehen, wenn der Vertrag wegen Geschäftsirrtums angefochten wird (§ 122 BGB.) oder wenn aus dem im übrigen vollkommenen Vertrage nur eine Entschädigungsforderung wegen ursprünglicher Unmöglichkeit der Leistung entspringt (BGB. § 307), oder wenn die Forderung auf das negative Interesse gegen den Vertreter aus seinem ohne Vertretungsmacht geschlossenen Vertrage geltend gemacht wird.[28])

---

rung in Wahrheit kraft des Oberbesitzes des Deponenten usw. geschuldet (vgl. m. Rechtskr. 352 f., 360, o. Bd. 1 § 31 [76]). Das Verfolgungsrecht des § 44 KO. macht ebenfalls nicht eine Vertragspflicht geltend und noch weniger der Anspruch auf Aussonderung, der auf § 46 KO., § 392 HGB. beruht. Übereinstimmend (in der Ablehnung des § 29 ZPO. für Aussonderungsklagen) die herrschende Meinung (so Gaupp-Stein, Erl. I [7], Skonietzi-Gelpcke, Erl. 2b zu § 29, auch RG. **31** S. 392); a. M. Seuffert, Erl. 3b zu § 29 ZPO., Jäger, Erl. 33 zu § 43 KO., RG. in Seuff. Arch. **50** Nr. 79.

[25]) Dahin gehörten die Auflösungsklagen des Code civil Art. 1184 (wegen Nichterfüllung), die Klagen aus HGB. §§ 117, 127, 133, 140, 142.

[26]) BGB. § 323 III (Haftung nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung).

[27]) Übereinstimmend Seuffert, Erl. 3c, während Gaupp-Stein, Erl. II, 3 den Anspruch auf Rückgewähr nur in Verbindung mit der negativen Feststellungsklage in den Gerichtsstand des Erfüllungsorts verweist. Vgl. dazu Note 41. — Haftet der Beklagte ex delicto, so hilft dem Kläger der Gerichtsstand des § 32. Zu RG. 49 Nr. 15 vgl. jetzt RG. in JWSchr. 1905 S. 525 f.

[28]) BGB. § 179. Daß der § 29 ZPO. zutrifft, wenn der andere Kontrahent die Vertragserfüllung wählt, ist allgemein anerkannt. Der Anspruch auf das negative Interesse hat aber denselben Grund: vgl. u. § 129. — Ist in Erwartung des Vertragsschlusses (z. B. eines Kaufs) eine Sache schon übergeben und ange-

4. Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes ist ein sachlicher.[29]) Er ist dort, wo „die **streitige** Verpflichtung zu erfüllen ist".[30]) Bei der negativen Feststellungsklage kommt natürlich nur der Ort in Betracht, wo zu erfüllen wäre, wenn der Vertrag gültig oder wenn die streitige Verpflichtung noch nicht untergegangen wäre.

„Streitig" ist die Verpflichtung, über die nach dem Klagantrag zu entscheiden ist, bei der Klage auf Verurteilung also stets die des Beklagten. Sonst kann es aber unter Umständen die Verpflichtung des Klägers sein, so daß sich der Gerichtsstand nach diesem bestimmt. Demnach ist maßgebend

a) der Erfüllungsort des Klägers als des Schuldners, wenn er auf Aufhebung des Vertrags oder die Feststellung klagt, daß **er** nichts oder nichts mehr schuldet, sei es, weil der Vertrag nicht zustande gekommen sei, sei es, weil der Kläger erfüllt habe oder infolge Anfechtung, Rücktritts, Wandelung oder Minderung[31]) nichts oder weniger als bisher schulde. Bei gegenseitigen Verträgen kommt es darauf, wo der Kläger zu erfüllen hätte, bezüglich der Gerichtsstandsfrage auch dann an, wenn die Klage den Bestand des ganzen Vertragsverhältnisses betrifft.[32]) Er kann also seinen Erfüllungsort wählen und braucht nicht an dem des Gegners zu klagen.

b) Dagegen ist der Gerichtsstand da, wo der Beklagte zu erfüllen hat, wenn der Kläger die positive Feststellungsklage[33]) oder die Klage auf Verurteilung des Beklagten zu einer Leistung begehrt. Letzteres gilt nicht nur bei der Klage auf Erfüllung, sondern auch bei der Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung,[34]) auf Vertragsstrafe oder auf Rückgewähr, insbesondere auf Rückzahlung des Kaufpreises wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache.[35]) Denn durch die Leistung des Klägers ist dessen Verpflichtung (z. B. auf das Kaufgeld) untergegangen; jetzt handelt es sich nicht mehr um die ursprüngliche Verpflichtung des Käufers zur Zahlung, sondern um die Verpflichtung des Verkäufers zur Rückzahlung; die letztere ist eine durch

---

nommen, so liegt darin ein Vertrag, der seine Bedeutung hat, wenn der Kauf nicht zustande kommt. (Ob er als Verwahrungsvertrag oder anders aufzufassen ist, ist eine weitere Frage.) Der Verkäufer hat einen Vertragsanspruch auf Rückgabe, hier nicht weniger, als gegen den Käufer, dem die Ware auf Probe übergeben ist.

[29]) Über die Bedeutung dieses Satzes, namentlich gegenüber anderen Personen als den Kontrahenten, s. o. § 98 S. 216.

[30]) Über Teilung des Orts in mehrere Gerichtsbezirke vgl. o. § 98 I, bes. Note 5.

[31]) Sei es, daß bereits die Zustimmung zu dieser erfolgt ist, sei es, daß sie in der Klage (Note 23) verlangt wird, so daß der Käufer also nach Abgabe der Erklärung oder nach ihrer Ersetzung durch das Urteil (ZPO. § 894) nichts mehr schulden wird. Hat der Käufer bereits geleistet, so ist er deshalb nichts mehr schuldig und er kann nicht die negative Feststellungsklage erheben, weil sie auf die Vergangenheit gerichtet werden müßte und dies nicht zulässig ist (o. Bd. 1 § 48 III, 3 a).

[32]) Das ist in Literatur und Judikatur allgemein anerkannt (RG. 27 S. 398, 56 S. 139). [33]) So auch dann, wenn es sich um gegenseitige Verträge handelt.

[34]) Sie ist eine einseitliche, RG. 55 S. 42 f.

[35]) Dies gilt auch dann, wenn der Käufer ausdrücklich auch auf Zustimmung zur Wandlung klagt.

anderes (ausdrücklich oder stillschweigend) vereinbart wurde. Der Erfüllungsort wird dadurch nicht verändert, daß eine Leistung Zug um Zug gegen eine andere Leistung zu bewirken ist. Dadurch, daß man das Recht hat, die eigene Leistung von der gleichzeitigen Leistung des anderen Teils abhängig zu machen, wird der Erfüllungsort nicht zu einem einheitlichen.[10])

Auf Einzelheiten über diese für die prozessuale Frage wichtige materiellrechtliche Vorfrage ist hier nicht einzugehen.[11]) Nur darauf ist aufmerksam zu machen, daß der Erfüllungsort ein anderer sein kann, als der Bestimmungsort. Es ist möglich, daß der Verkäufer die Versendung an einen anderen Ort übernimmt, ohne daß letzterer hiermit zum Erfüllungsort gemacht wird;[12]) jeder Geldschuldner hat kraft Gesetzes dem Gläubiger das Geld auf eigene Gefahr und Kosten zu senden, ohne daß hiermit der Wohnsitz des Gläubigers zum Erfüllungsort wird (BGB. § 270). — Auch die Verpflichtung zum Unterlassen einer bestimmten Handlung hat einen Erfüllungsort. Kommt für ihre Vornahme nur ein bestimmter Ort in Betracht, so ist dieser notwendig der Erfüllungsort. Sonst aber (so z. B. wenn ein ausscheidender Gesellschafter verspricht, bei Ankündigungen seine Tätigkeit in dem Geschäfte nicht zu erwähnen) bestimmt sich der Erfüllungsort in Ermangelung einer besonderen Vereinbarung nach der Regel des § 269 II BGB.[13])

3. Der Gerichtsstand des Erfüllungsorts ist nach Reichsrecht von keinen weiteren Voraussetzungen abhängig.[14]) Er beruht nicht etwa auf einer stillschweigenden Unterwerfung unter die Gerichtsgewalt und ist wohl zu unterscheiden von dem vereinbarten Gerichtsstand.[15]) Er umfaßt

a) die Klagen über das Bestehen, die Gültigkeit und den Umfang des Vertragsverhältnisses. Das Gesetz drückt diesen Gedanken spezialisiert aus, indem es in unseren Gerichtsstand verweist

α) „die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des Vertrags“ (d. h. der Vertragswirkung),[16]) mag die Klage das Schuld-

[10]) Dies hat Örtmann (o. Note 2) ausführlich dargelegt. Vgl. bes. Seuff. Arch. 49 Nr. 118 (Hamburg).

[11]) Nachweisungen über die Judikatur geben die Kommentare zu § 29, besonders reichhaltig Skonietzki-Gelpcke zu § 29.

[12]) Der § 269 III BGB. sagt ausdrücklich, daß dies aus der Übernahme der Transportkosten allein noch nicht zu schließen ist.

[13]) So Gaupp-Stein, Seuffert, Erl. 6 zu § 29, RG. 52 S. 314.

[14]) Die gemeinrechtliche Praxis forderte für das forum contractus (solutionis), daß der Beklagte am Erfüllungsort anzutreffen sei oder Vermögen besitze (Wetzell § 14 I). Das franz. Recht fordert, daß es sich um Handelssachen handelt. Nach anderer Richtung differiert die Österr. JN. § 88. Sie fordert entweder schriftliche Übereinkunft über den Erfüllungsort oder (unter Handeltreibenden), daß eine mit der Ware übersandte Rechnung unbeanstandet angenommen ist, auf welcher vermerkt ist, daß die Zahlung an einem bestimmten Orte zu leisten ist „und daß an demselben Orte die Klagen aus dem Geschäfte angebracht werden können.“ In der letzten Bestimmung liegt eine Vermengung des Gerichtsstandes des Erfüllungsortes und der Vereinbarung (JN. § 104); auch sonst ist sie sehr anfechtbar. Verständig ist die Beschränkung des Gerichtsstandes durch das erste Erfordernis. — Über den Beweis des Erfüllungsorts s. o. § 94 S. 180.

[15]) Vgl. u. § 106. Die Vereinbarung über den Erfüllungsort wird vielfach lediglich zu dem Zwecke vorgeschlagen, um dadurch einen Gerichtsstand zu schaffen, ohne daß der andere Teil diese Tragweite merkt („Erfüllungsort für beide Teile ist Berlin“). So namentlich, wenn es sich um Geldschulden handelt.

[16]) Arg. § 256, s. o. Bd. 1 § 58 [14].

verhältnis im ganzen oder eine einzelne Seite desselben[17]) betreffen. Die negative Feststellungsklage ist nicht nur zulässig, wenn der Kläger behauptet, daß das Schuldverhältnis wieder erloschen ist (sei es infolge Rücktritts, sei es infolge der Anfechtung, also mit Rückwirkung gemäß BGB. § 142), sondern auch dann, wenn er im Gegensatz zum Beklagten bestreitet, daß aus dem vorliegenden äußeren Tatbestande des Vertrags das Schuldverhältnis entstanden sei, so z. B. wegen fehlender Geschäftsfähigkeit oder wegen Simulation, wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, wegen verspäteten Eingangs der Annahme oder weil die gewechselten Erklärungen die vom Gegner behauptete Einigung nicht enthalten.

β) Nicht erwähnt im Gesetze ist die Klage auf richterliche nähere Festsetzung der vertragsmäßigen Leistung.[18]) Dies ist zwar keine (positive) Feststellungsklage, aber trotzdem ist sie ebenso wie diese zulässig.[19]) Das Gegenstück zu ihr ist die neben der negativen Feststellungsklage ausdrücklich als zulässig bezeichnete „Klage auf Aufhebung des Vertrags“ (durch konstitutiven Richterspruch).[20]) Während gewisse Mängel den Vertrag von Rechts wegen unwirksam bleiben lassen und andere der Partei das Recht geben, das Vertragsverhältnis durch einfache Erklärung aufzuheben, gewähren wieder andere Mängel nur das Recht, im Wege der Klage die Aufhebung des Vertrags herbeizuführen. Darunter gehört die klageweise Geltendmachung des Rechts auf restitutio in integrum gegen den Vertragsschluß,[21]) die Klage auf Herabsetzung der Vertragsstrafe oder der Gebührenforderung des Rechtsanwalts.[22])

Verwandt (wenn auch in der Konstruktion verschieden) ist die Klage aus dem Anspruch auf Zustimmung zu der Wandelungserklärung des Käufers wegen (ursprünglicher) Mangelhaftigkeit der gekauften Sache.[23])

Außer diesen Feststellungs- und Rechtsgestaltungsklagen gehören in den Gerichtsstand des Erfüllungsortes

b) „die Klagen auf Erfüllung“[24]) und „auf Entschädigung wegen

---

[17]) Vgl. o. Bd. 1 § 58 III, 2 a. E.

[18]) Also auf Ordnung des noch nicht vollkommenen Schuldverhältnisses, z. B. nach BGB. §§ 315 III, 2, 319 I, 2 (der Art, nicht der Form nach gleich: KO. § 85 I, 2 und die Kostenfestsetzung im Prozesse). Kisch, Beiträge zur Urteilslehre, nennt diese konstitutiven Urteile festsetzende Urteile. — Nicht um Vertragsverhältnisse handelt es sich in den Fällen BGB. §§ 660, 2048 3, 2192.

[19]) Seuffert, Erl. 3, 6 stellt sie neben die Klage auf Vertragserfüllung.

[20]) Vgl. o. Bd. 1 § 34 V.

[21]) Dem BGB. ist das Institut nicht mehr bekannt. Trotzdem kann eine solche Klage auch jetzt noch vorkommen (früheres oder ausländisches Recht).

[22]) BGB. § 343, GebO. f. RA. § 93 IV, vgl. o. § 86 IV. — Über die Klage auf Aufhebung wegen nachträglich entstehender Aufhebungsrechte s. unter b.

[23]) Über die Zulässigkeit oder Notwendigkeit eines ausdrücklich auf Verurteilung zu jener Zustimmung gerichteten Klagantrags vgl. neuestens RG. 58 Nr. 108, 59 S. 98, in DJZ. 05 568.

[24]) Die Klage muß auf Erfüllung der Vertragspflicht gerichtet sein. Als solche Erfüllung kann die Aussonderung im Konkurse nicht verlangt werden; die Konkursmasse ist deshalb in ihrem allgemeinen Gerichtsstand zu verklagen (RG. 31 S. 393; „wo die Masse liegt“). Handelt es sich um Sachen, so wird die Aussonde-

Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung". Auch die Klage „auf Aufhebung des Vertrags" kommt hier nochmals in Betracht.

Man ist darüber einig, daß dieser Wortlaut des § 29 zu eng ist. Streit besteht über den Umfang, in dem die ausdehnende Auslegung stattzufinden hat. Zulässig sind im Gerichtsstand des Erfüllungsorts alle Klagen aus Rechten, die sich aus dem Vertrag und der späteren Entwicklung des Schuldverhältnisses ergeben, mag diese auf zufälligen oder verschuldeten Ereignissen (insbesondere auf Verzug) beruhen.

Hierher gehören die Klagen aus den Rechten auf Rechtsänderung wegen späterer Ereignisse, mag die Rechtsgestaltung in der Aufhebung des Vertragsverhältnisses oder eines aus ihm entsprungenen Rechts bestehen.[25])

„Entschädigung" ist nicht nur auf die Klagen auf Schadensersatz (Interesse) zu beziehen, sondern auf die Rückgewähr von Leistungen, die infolge Ausübung des vertragsmäßigen oder gesetzlichen „Rücktritts" oder der Wandelung oder Minderung oder des Eintritts der Unmöglichkeit, die der Empfänger der Vorleistung nicht zu vertreten hat,[26]) geschuldet werden. Sind diese Ansprüche im Gerichtsstand des Erfüllungsortes verfolgbar, so muß dasselbe von den Ansprüchen auf Rückgewähr gelten, wenn das Gesetz die Konstruktion wählt, daß es wegen eines Willensmangels die Anfechtung in dem technischen Sinne des BGB. gestattet und durch diese den Vertrag vernichten läßt.[27]) Nimmt man dies an, so umfaßt der § 29 ZPO. auch die Ansprüche auf das negative Interesse, die entstehen, wenn der Vertrag wegen Geschäftsirrtums angefochten wird (§ 122 BGB.) oder wenn aus dem im übrigen vollkommenen Vertrage nur eine Entschädigungsforderung wegen ursprünglicher Unmöglichkeit der Leistung entspringt (BGB. § 307), oder wenn die Forderung auf das negative Interesse gegen den Vertreter aus seinem ohne Vertretungsmacht geschlossenen Vertrage geltend gemacht wird.[28])

rung in Wahrheit kraft des Oberbesitzes des Deponenten usw. geschuldet (vgl. m. Rechtskr. 352f., 360, o. Bd. 1 § 31[76]). Das Verfolgungsrecht des § 44 KO. macht ebenfalls nicht eine Vertragspflicht geltend und noch weniger der Anspruch auf Aussonderung, der auf § 46 KO., § 392 HGB. beruht. Übereinstimmend (in der Ablehnung des § 29 ZPO. für Aussonderungsklagen) die herrschende Meinung (so Gaupp-Stein, Erl. I 7, Skonietzi-Gelpcke, Erl. 2b zu § 29, auch RG. **31** S. 392); a. M. Seuffert, Erl. 3b zu § 29 ZPO., Jäger, Erl. 33 zu § 43 KO., RG. in Seuff. Arch. **50** Nr. 79.

[25]) Dahin gehörten die Auflösungsklagen des Code civil Art. 1184 (wegen Nichterfüllung), die Klagen aus HGB. §§ 117, 127, 133, 140, 142.

[26]) BGB. § 323 III (Haftung nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung).

[27]) Übereinstimmend Seuffert, Erl. 3c, während Gaupp-Stein, Erl. II, 3 den Anspruch auf Rückgewähr nur in Verbindung mit der negativen Feststellungsklage in den Gerichtsstand des Erfüllungsorts verweist. Vgl. dazu Note 41. — Haftet der Beklagte ex delicto, so hilft dem Kläger der Gerichtsstand des § 32. Zu RG. 49 Nr. 15 vgl. jetzt RG. in JWSchr. 1905 S. 525f.

[28]) BGB. § 179. Daß der § 29 ZPO. zutrifft, wenn der andere Kontrahent die Vertragserfüllung wählt, ist allgemein anerkannt. Der Anspruch auf das negative Interesse hat aber denselben Grund: vgl. u. § 129. — Ist in Erwartung des Vertragsschlusses z. B. eines Kaufs) eine Sache schon übergeben und ange-

4. Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes ist ein sachlicher.[29]) Er ist dort, wo „die **streitige** Verpflichtung zu erfüllen ist".[30]) Bei der negativen Feststellungsklage kommt natürlich nur der Ort in Betracht, wo zu erfüllen wäre, wenn der Vertrag gültig oder wenn die streitige Verpflichtung noch nicht untergegangen wäre.

„Streitig" ist die Verpflichtung, über die nach dem Klagantrag zu entscheiden ist, bei der Klage auf Verurteilung also stets die des Beklagten. Sonst kann es aber unter Umständen die Verpflichtung des Klägers sein, so daß sich der Gerichtsstand nach diesem bestimmt. Demnach ist maßgebend

a) der Erfüllungsort des Klägers als des Schuldners, wenn er auf Aufhebung des Vertrags oder die Feststellung klagt, daß er nichts oder nichts mehr schuldet, sei es, weil der Vertrag nicht zustande gekommen sei, sei es, weil der Kläger erfüllt habe oder infolge Anfechtung, Rücktritts, Wandelung oder Minderung[31]) nichts oder weniger als bisher schulde. Bei gegenseitigen Verträgen kommt es darauf, wo der Kläger zu erfüllen hätte, bezüglich der Gerichtsstandsfrage auch dann an, wenn die Klage den Bestand des ganzen Vertragsverhältnisses betrifft.[32]) Er kann also seinen Erfüllungsort wählen und braucht nicht an dem des Gegners zu klagen.

b) Dagegen ist der Gerichtsstand da, wo der Beklagte zu erfüllen hat, wenn der Kläger die positive Feststellungsklage[33]) oder die Klage auf Verurteilung des Beklagten zu einer Leistung begehrt. Letzteres gilt nicht nur bei der Klage auf Erfüllung, sondern auch bei der Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung,[34]) auf Vertragsstrafe oder auf Rückgewähr, insbesondere auf Rückzahlung des Kaufpreises wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache.[35]) Denn durch die Leistung des Klägers ist dessen Verpflichtung (z. B. auf das Kaufgeld) untergegangen; jetzt handelt es sich nicht mehr um die ursprüngliche Verpflichtung des Käufers zur Zahlung, sondern um die Verpflichtung des Verkäufers zur Rückzahlung; die letztere ist eine durch

---

nommen, so liegt darin ein Vertrag, der seine Bedeutung hat, wenn der Kauf nicht zustande kommt. (Ob er als Verwahrungsvertrag oder anders aufzufassen ist, ist eine weitere Frage.) Der Verkäufer hat einen Vertragsanspruch auf Rückgabe, hier nicht weniger, als gegen den Käufer, dem die Ware auf Probe übergeben ist.

[29]) Über die Bedeutung dieses Satzes, namentlich gegenüber anderen Personen als den Kontrahenten, s. o. § 98 S. 216.

[30]) Über Teilung des Orts in mehrere Gerichtsbezirke vgl. o. § 98 I, bes. Note 5.

[31]) Sei es, daß bereits die Zustimmung zu dieser erfolgt ist, sei es, daß sie in der Klage (Note 23) verlangt wird, so daß der Käufer also nach Abgabe der Erklärung oder nach ihrer Ersetzung durch das Urteil (ZPO. § 894) nichts mehr schulden wird. Hat der Käufer bereits geleistet, so ist er deshalb nichts mehr schuldig und er kann nicht die negative Feststellungsklage erheben, weil sie auf die Vergangenheit gerichtet werden müßte und dies nicht zulässig ist (o. Bd. 1 § 48 III, 3 a).

[32]) Das ist in Literatur und Judikatur allgemein anerkannt (RG. 27 S. 398, 56 S. 139). [33]) So auch dann, wenn es sich um gegenseitige Verträge handelt.

[34]) Sie ist eine einseitliche, RG. 55 S. 42 f.

[35]) Dies gilt auch dann, wenn der Käufer ausdrücklich auch auf Zustimmung zur Wandlung klagt.

die Entwicklung des Vertragsverhältnisses (durch die Zahlung) entstandene und nicht etwa an die Stelle der Kaufgeldverpflichtung getreten.[36]) Entsprechend ist, wenn der zurücktretende Verkäufer auf Rückgabe der dem Käufer bereits übersandten Ware klagt, die durch die Lieferung entstandene Verpflichtung des Käufers maßgebend, also im Zweifel dessen Niederlassung oder Wohnsitz.[37]) In allen diesen Fällen hat der Umstand, daß die einzuklagende Leistung (z. B. auf Rückzahlung des Kaufgeldes) Zug um Zug mit einer anderen Leistung (z. B. der Rückgabe der Kaufsache) zu bewirken ist, keinen Einfluß auf die Zuständigkeit.[38])

c) Es ist möglich, daß bezüglich desselben Vertragsverhältnisses mehrere Punkte streitig sind und daß für jeden ein anderer Erfüllungsort in Frage kommt.

α) Im allgemeinen gilt der Grundsatz, daß für jeden Klaganspruch die Zuständigkeit begründet sein muß und daß aus ihrem rechtlichen Zusammenhange kein Gerichtsstand abzuleiten ist; anderseits aber besteht wegen des Zusammenhangs auch kein Zwang, die mehreren Ansprüche in einer Klage geltend zu machen. So kann der Verkäufer bei dem Gerichte seiner Niederlassung zwar auf Abnahme klagen, wenn der Käufer hier seine Abnahmeverpflichtung zu erfüllen hat, nicht aber auf Zahlung des Kaufgeldes oder auf Feststellung der Gültigkeit des Vertrags.[39])

β) Macht aber der Kläger die prinzipale Frage zum Gegenstand der Klage (z. B. die Nichtigkeit des Vertrags), so ist es zulässig, mit ihr die Klage aus denjenigen Ansprüchen zu verbinden, welche nur die sekundäre Folge seiner Rechtsbehauptung sind (so z. B. auf Rückzahlung des trotz Nichtigkeit des Vertrags Gezahlten).

So die Judikatur des Reichsgerichts, die es verhütet, daß auf das engste zusammengehörige und sich bedingende Fragen in verschiedenen Prozessen verhandelt werden müssen.[40]) Aus der Vorschrift des § 41 2 ZPO. (o. S. 196) läßt sich dieser Rechtssatz natürlich nicht rechtfertigen. Er wird auch in der Literatur gebilligt.[41])

II. Der Gerichtsstand für Wechselklagen.

1. Wird über wechselrechtliche Verhältnisse im ordentlichen Verfahren geklagt, so bestimmt sich die Zuständigkeit nach den allgemeinen Vorschriften. Es kann also bezüglich der aus der Annahme und der Begebung entstehenden Ansprüche[42]) und wegen der Ansprüche, die aus der Verwahrung

---

[36]) Dies ist die in Literatur (Wach I 452, Gaupp-Stein, Erl. III, Seuffert, Erl. 5, Skonietzki-Gelpcke, Erl. 7b zu § 29) und Judikatur (RG. 27 S. 393f., 31 S. 383, 40 S. 408 u. öfter, aber nicht konstant) überwiegende Ansicht.

[37]) Nicht kommt es für unsere Frage darauf an, wo die Sache sich befindet, wie von manchen angenommen wird. Wie hier Seuffert, Erl. 6 zu § 29, wo die Literatur angegeben ist.

[38]) Vgl. o. bei Note 10. Der Verkäufer kann also nicht an seinem Erfüllungsorte gegen den Käufer klagen. [39]) RG. 55 S. 107f., 56 S. 141f.

[40]) Vgl. RG. 10 S. 350, 52 S. 56, 55 S. 111, 57 S. 15f.

[41]) Gaupp-Stein, Erl. II, 3, Skonietzki-Gelpcke, Erl. 8 Abs. 5 zu § 29. Ablehnend Seuffert, Erl. 3c zu § 29. [42]) Vgl. o. Note 8.

des zum Akzepte versandten Exemplars entstehen,[43]) auch an dem Erfüllungsort geklagt werden (so namentlich mit der negativen Feststellungsklage).

2. Für alle „Wechselklagen", d. h. für Klagen, durch welche aus wechselmäßigen Ansprüchen[44]) im Wechselprozesse[45]) (Urkundenprozesse) auf Verurteilung geklagt wird, schafft

a) der § 603 einen besonderen Gerichtsstand am „Zahlungsort" (WO. Art. 4 Nr. 8, Art. 91) ohne Rücksicht darauf, ob dieser Ort für die Klage aus dem konkreten Anspruch der Erfüllungsort ist. Dies ist in der Regel, aber nicht immer, der Fall.[46])

Dieser Gerichtsstand ist nicht ausschließlich. Er konkurriert nicht nur mit dem allgemeinen Gerichtsstand (was § 603 I allein ausspricht), sondern auch mit den besonderen Gerichtsständen.

b) Einen Gerichtsstand des Zusammenhangs schafft ZPO. § 603 II für die gemeinschaftliche Klage gegen mehrere Wechselverpflichtete. Für sie ist (außer dem Gerichte des Zahlungsortes) jedes Gericht zuständig, bei dem einer der Beklagten den allgemeinen Gerichtsstand hat.[47])

III. Der Gerichtsstand des Meß- und Marktortes (§ 30).[48])

Er umfaßt die Feststellungs- und Leistungsklagen aus Handelsgeschäften (HGB. § 343), welche auf den dem Verkehr der Großhändler mit den Kleinhändlern dienenden Messen und Märkten[49]) — also während der Meßzeit — geschlossen wurden. Der Gerichtsstand hat die weitere Voraussetzung, daß zur Zeit der Klagerhebung der Beklagte oder ein zur Prozeßführung berechtigter Vertreter am Orte des Gerichtsitzes oder im Bezirke des Prozeßgerichts sich aufhielt.[50]) Daß die Klage noch während der Meßzeit erhoben wurde oder daß der Beklagte oder sein Vertreter zur Zeit der Verhandlung noch anwesend sind, ist nicht gefordert.

Es handelt sich hier um einen Gerichtsstand des Entstehungsortes des Schuldverhältnisses (Vertragsschluß). Er ist nicht ausschließlich. Ist der Meßort der Erfüllungsort, so ist an ihm der von weiteren Voraussetzungen nicht mehr abhängige Gerichtsstand des § 29 ZPO. begründet.

---

[43]) WO. Art. 68. Daß hier ein Vertrag auf Leistung an Dritte vorliegt, der Dritte also Vertragsansprüche gegen den Verwahrer geltend macht, ist in m. Verträgen 470 f. nachzuweisen versucht.

[44]) Solche Ansprüche sind nicht die aus WO. Art. 45, 48, 58[3], 65, 74, 83, 98 Nr. 6 (mit Art. 45, 48, 65), 98 Nr. 7 (mit Art. 74), 98 Nr. 10 (mit Art. 83) abgeleiteten (Sydow, ZZP. 2 474, Gaupp-Stein, Seuffert zu § 602).

[45]) Die Zuständigkeit bleibt auch dann, wenn der Kläger vom Urkundenprozesse absteht (§ 596), ferner auch für das Nachverfahren (§ 600).

[46]) Dies ist eine rein materiell-rechtliche Frage. Vgl. Wach I 456.

[47]) Sonst ist bei Gesamtschuldnern erst die Bestimmung eines zuständigen Gerichts durch das zunächst höhere nötig (§ 36 Nr 2). — Vgl. RG. 51 Nr. 41.

[48]) Wach I 457 f., v. Schrutka-Rechtenstamm, ZZP. 7 62 f., Stein bei Gruchot 28 420 f.

[49]) Dies meint das Gesetz mit den „Messen und Märkten, mit Ausnahme der Jahr- und Wochenmärkte". In Betracht kommt vorzugsweise die Leipziger Messe.

[50]) Vgl. o. Note 14.

IV. **Der Gerichtsstand der Vermögensverwaltung** (§ 31).[51])

1. Er ist bei dem Gerichte des Orts, wo die „Vermögensverwaltung geführt" ist, d. h. wo ihr Mittelpunkt war, mag sich das Vermögen dort befinden oder nicht, mag der Wohnsitz des Verwalters oder Erfüllungsort dort sein oder nicht. Es muß sich um Verwaltung eines ganzen Vermögens oder eines Sondervermögens (z. B. Handelsvermögen, Konkursmasse, Nachlaß) oder doch wenigstens um einen Komplex gleichartiger dauernder Geschäfte[51a]) handeln, nicht nur um die Besorgung einer *einzelnen* Angelegenheit. Der Grund der Verwaltung kann Bestellung, Gesetz oder Vertrag sein; auch die Geschäftsführung ohne Auftrag gehört hierher.

2. Er umfaßt nur Prozesse zwischen dem Geschäftsherrn und dem Verwalter und nur solche Klagen, die „aus der Verwaltung", d. h. über die aus ihr entsprungenen Rechtsverhältnisse erhoben werden, diese aber auch als positive und negative Feststellungsklagen. Zeitlich und in anderer Weise ist der Gerichtsstand nicht begrenzt.

V. **Gerichtsstand und Mitgliedschaft** (§ 22).[52])

1. Er ist bei dem Gericht, bei dem Gemeinden, Korporationen, Gesellschaften, Genossenschaften oder andere Vereine den allgemeinen Gerichtsstand haben. Dies bestimmt sich nach ZPO. § 17 (auch nach dessen Absatz 3) und gilt auch für diejenigen Personenvereinigungen, die, ohne juristische Personen zu sein, die Parteifähigkeit besitzen, nicht aber für die bürgerliche Gesellschaft (BGB. § 705) und für die stille Gesellschaft. Er ist bei dem bezeichneten Gerichte so lange begründet, als jener allgemeine Gerichtsstand besteht (also auch noch nach der „Auflösung").

2. Er wird begründet durch die Mitgliedschaft[53]) und bezieht sich nur auf diejenigen Klagen, welche a) von jenen juristischen Personen oder den ihnen gleichgestellten Gebilden gegen ihre Mitglieder als solche[54]) oder b) von den Mitgliedern in dieser Eigenschaft gegeneinander erhoben werden. Gemeint sind die Klagen über solche Rechtsverhältnisse, deren Entstehungsgrund *im wesentlichen* die Mitgliedschaft ist,[55]) nicht aber solche, bei denen der

---

[51]) Forum gestae administrationis. Wetzell 496, Wach I 458f., Stein bei Gruchot 28 422f.

[51a]) So RG. bei Seuff. Arch. 45 Nr. 44. A. M. Seuffert, Erl. 1 zu § 31, Weismann I § 30a [31].

[52]) Wach I 461, Planck I § 14, Bierhaus, ZZP. 5 63, Fitting, Arch. ziv. Pr. 61 405.

[53]) Deshalb ist diese bereits bei dem Beweis der Zuständigkeit zu beweisen, wie dies ja vielfach vorkommt, wenn dieselbe Tatsache von Bedeutung für die Zuständigkeit und die Hauptsache ist. Vgl. o. § 94 S. 180.

[54]) Das Umgekehrte ist nicht bestimmt und war nicht nötig, da der allgemeine Gerichtsstand jede Klage des Mitglieds ermöglicht.

[55]) Also z. B. a) die Klage auf Feststellung der Mitgliedschaft, auf die Beiträge, auf Volleinzahlung der Aktien, auf Prämien- und Nachschußzahlungen (bei Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit, RG. 3 S. 387), b) die Klage der Handelsgesellschaften auf Entziehung der Befugnis zur Geschäftsführung, auf Auflösung der

Umstand, daß der Beklagte Mitglied ist, keine Bedeutung für das Rechtsverhältnis hat, wie z. B. bei Klagen gegen den Vorstand der Aktiengesellschaft wegen pflichtwidrigen Verhaltens, die auch dann begründet wären, wenn er nicht zu den Aktionären gehörte.[56])

3. Der Gerichtsstand ist nicht ausschließlich und ist ein sachlicher. Er besteht deshalb nach dem Ausscheiden des Mitglieds fort und wirkt auch gegenüber Rechtsnachfolgern, welche in Recht oder Pflicht eingetreten sind, so z. B. für den Gläubiger, für den die Forderung auf den Beitrag gepfändet ist, oder gegen die Erben als die Rechtsnachfolger in die streitige Verpflichtung.[57])

§ 103 a.

Fortsetzung: Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung.[1])

Dieser praktisch wichtige Gerichtsstand (forum delicti commissi) ist bei dem Gericht begründet, in dessen Bezirk die „unerlaubte Handlung" begangen ist, und umfaßt nach § 32 die „Klagen aus unerlaubten Handlungen", d. h. die Klagen, welche die Rechtsfolgen geltend machen, die sich an die unerlaubte Handlung als solche anknüpfen.

I. Den Begriff der „unerlaubten Handlung" hat das Gesetz nicht näher bestimmt. Er ist aus diesen Worten selbst unter Zuhilfenahme der übrigen Vorschriften des Prozeßrechts und des bürgerlichen Rechts zu gewinnen. Als solches kommt hier lediglich das inländische Recht in Betracht, weil unsere Gerichtsstandsvorschrift voraussetzt, daß die Handlung im Bezirke eines inländischen Gerichts begangen ist, also lediglich unter inländischem Rechte steht. Dagegen ist keineswegs nur das BGB. heranzuziehen. Denn der § 32 ZPO. bezieht sich nicht etwa nur auf die Handlungen, die nach dem 1. Januar 1900 begangen sind.

Außer Betracht bleibt die Strafbarkeit einer Handlung. Die Unerlaubtheit im Sinne des § 32 ZPO. kann vorliegen, auch wenn die Straf-

---

Gesellschaft (HGB. §§ 117, 133), wegen Teilungsstreitigkeiten (nach Auflösung der offenen Handelsgesellschaft).

[56]) Der geschäftsführende Gesellschafter hat diese Stellung als Gesellschafter.

[57]) So auch RG. 54 S. 207 und die allgemeine Meinung, während Planck I § 14[14] fordert, daß die Mitgliedschaft zur Zeit der Klagerhebung andauert.

[1]) ZPO. § 32. Wetzell § 41 II, Wach I 462 f., Weismann I § 30a III, 10, Korn, Der G. der u. H. (Diss. 1885), Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung (1896), v. Liszt, Die Deliktsobligationen (1898), Linckelmann, Die Ersatzpflicht aus u. H. (1898), Zitelmann, Intern. PrivR. 2 464, 531 f., W. Müller, Der Begriff der u. H. (Diss. 1900), Eltzbacher, Handlungsfähigkeit 1 274 f., Kommentare zu BGB. § 823 f. und die Lehrbücher des bürgerl. Rechts. — Die Österr. JN. hat den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nicht aufgenommen. Für Ansprüche gegen richterliche Beamte ist das Gericht des Bezirks, in dem die verletzende Handlung vorgenommen wurde, ausschließlich zuständig.

barkeit fehlt.[2]) Das umgekehrte Verhältnis findet sich bei der strafbaren Vertragsverletzung.[3])

Eine Klage aus unerlaubter Handlung liegt stets dann vor, wenn sie die Rechtsfolge geltend macht, die wegen der rechtswidrigen (1) Vermögensschädigung eine selbständige (2) Schadensersatzverpflichtung (4) begründet. Schuldhaftigkeit ist zum Begriff der unerlaubten Handlung nicht wesentlich (3).

1. Unerlaubtheit der Handlung ist nicht vorhanden, wenn sie rechtmäßig ist, aber trotzdem zu Schadensersatz verpflichtet.[4])

So die Enteignung, die wegen Notstandes erlaubte Handlung im Falle des § 228[2] BGB., der Eingriff in das fremde Eigentum, soweit er in § 904 wegen einer Notlage gestattet ist, der Gebrauch des vom Gesetz unter Aufbürdung der Ersatzpflicht verliehenen Anfechtungsrechts (BGB. § 122). Dagegen ist die Schädigung, die ein Nichtschuldner durch Betreibung der Zwangsvollstreckung erleidet, auch dann rechtswidrig, wenn diese auf Grund eines das prozessuale Vollstreckungsrecht erzeugenden Titels herbeigeführt wurde. Der „Gläubiger im Sinne des Prozeßrechts" handelt privatrechtlich unerlaubt, wenn er keinen Anspruch hat.[5])

Läßt das Gesetz auf Grund einer Unterlassung nachteilige Folgen eintreten, die man durch Vornahme einer Handlung hätte verhüten können, ist diese Vornahme aber in das freie Belieben gestellt, so ist die Unterlassung rechtmäßig und kommt deshalb für unsere Frage nicht in Betracht.[6])

2. Kein Anspruch aus unerlaubter Handlung liegt vor, wenn die Haftung nicht aus ihr entspringt, sondern ihren Grund in einem Vertragsverhältnisse oder in einem bereits bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnisse[7]) hat und sich nur als eine Entwicklung desselben darstellt.

Hierüber ist man einig. Für die Versicherungsgesellschaft und den Bürgen bildet z. B. der eingetretene Schaden nicht den Grund der Haftung. Sie haften (nur) aus dem Vertrag. Ebenso haftet der Vormund oder der Mieter nicht aus unerlaubter Handlung, wenn sie es unterlassen, die anvertraute Sache vor Beschädigung oder Entwendung zu schützen. Streit besteht nur darüber, ob nicht dieselbe Handlung, die sich als Verletzung einer bestehenden Pflicht darstellt, unter Umständen außer dem Vertragsanspruch usw. noch einen mit ihm konkurrierenden demselben Gläubiger zustehenden Anspruch aus unerlaubter Handlung erzeugen kann.[8]) Ist dies der Fall,

---

[2]) Vgl. z. B. BGB. §§ 827[2], 829, 833, 835.

[3]) So im Falle StGB. § 329, SeemO. v. 2. 6. 1902 § 93.

[4]) Außer Betracht bleibt natürlich die rechtmäßige, nicht zum Ersatz verpflichtende Handlung (Abnutzung der Mietsache, Aneignung der Früchte der Nießbrauchssache usw.).

[5]) Nicht nur der Anspruch, der Verschulden des „Gläubigers" voraussetzt, sondern auch der in §§ 717, 945 ZPO. normierte ist im Gerichtsstand des § 32 ZPO. verfolgbar. Vgl. Text unter 3.

[6]) Über diese Situationen (z. B. BGB. § 1994) vgl. o. § 69 bei Note 25.

[7]) Z. B. des Vormundes oder Testamentsvollstreckers, aber auch desjenigen, der sich ungerufen in fremde Angelegenheiten einmischt, um das fremde Geschäft für den Geschäftsherrn zu erledigen. In einem gesetzlichen Schuldverhältnisse steht in der Regel (vgl. Note 15) auch, wer nach § 812 BGB. zur Herausgabe verpflichtet ist. Auch seine Haftung auf vollen Ersatz (vgl. §§ 818 IV, 819) ist nicht Deliktshaftung.

[8]) Darüber, wann Anspruchs- oder bloße Gesetzeskonkurrenz vorliegt, habe ich

so ist der Gerichtsstand des § 32 ZPO. dann begründet, wenn der Anspruch aus der unerlaubten Handlung geltend gemacht wird.[9])

Als Vermögensschädigung im Sinne des an die Spitze gestellten Satzes (S. 258) kommt deshalb die bloße Nichterfüllung der bereits bestehenden obligatorischen Verpflichtung nicht in Betracht, sondern im allgemeinen nur die Beeinträchtigung eines konkreten, durch Dritte verletzbaren Rechts,[10]) darüber hinaus aber nur eine solche Handlung oder Unterlassung, durch welche die Vermögenslage im ganzen in solcher Weise verschlechtert wurde, daß wegen Verstoßes gegen ein Schutzgesetz (BGB. § 823 II) oder gegen eine andere spezielle Norm eine Haftung begründet ist.

3. Wegen einer rechtswidrig erlittenen Vermögensschädigung läßt das frühere und das heutige Recht in der Regel eine Haftung nur eintreten,

a) wenn sie durch eine Handlung der in Anspruch genommenen Person herbeigeführt ist, und

b) auf ihrem Verschulden beruht.

Nach beiden Richtungen hin aber haben Ausnahmen bestanden und bestehen solche auch jetzt.

Nach gemeinem Rechte gehörte die Klage wegen Tierschadens hierher, obwohl von einem Verschulden des Tieres nicht die Rede sein kann und der Mangel eines Verschuldens des Herrn gerade die Voraussetzung für die actio noxalis war, nicht minder die actio de effusis vel deiectis, obwohl die Innehabung der Wohnung den Schaden nicht stiftete und ein Verschulden des Inhabers nicht nötig war. In solchen Fällen handelt es sich um Gefährdungshaftung,[11]) deren besonderen Charakter man nicht erkennen kann, solange man sie mit der Annahme einer präsumierten oder gar fingierten Verschuldung oder unter dem Gesichtspunkt der Haftung für fremdes Verschulden unter das nur die Regel bildende Verschuldungsprinzip zu bringen versucht.

Im heutigen Rechte ist diese Gefährdungshaftung teils in weiterem, teils in beschränkterem Maße anerkannt. Das BGB. stellt sie in einer Reihe von Fällen[12]) ausdrücklich unter die Grundsätze über die unerlaubten Handlungen. Solche sind auch im Sinne des § 32 ZPO. jetzt wie früher nicht nur die objektiv rechtswidrigen und subjektiv verschuldeten Handlungen der in Anspruch zu nehmenden Person, sondern alle Tatbestände, aus denen

---

mich o. Bd. 1 § 37 IV geäußert. Die Frage ist neuerdings vielfach behandelt (Übersicht bei Örtmann, Komm. z. BGB. Vorbem. 5 vor § 823). Sie hat für unsere Gerichtsstandsfrage eine außerordentliche Bedeutung (ebenso für die Abgrenzung der Zuständigkeit der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte).

[9]) Vgl. dazu o. Bd. 1 § 38 III.

[10]) Also die Verletzung der in § 823 I BGB. aufgeführten Rechte. Das sind nicht nur die sog. absoluten Rechte (o. Bd. 1 § 31), sondern auch die obligatorischen Rechte, jedoch nur in der o. Bd. 1 § 30 a. E. (Note 44 f.) bezeichneten Weise.

[11]) Darüber vorzüglich Rümelin a. a. O. (o. Note 1).

[12]) BGB. §§ 829, 831, 833, 835.

eine Haftung wegen rechtswidrig erlittenen Schadens eintritt, mag auch die Beteiligung des Haftenden an der Schaffung dieses Tatbestandes nur in der durchaus erlaubten Handlung der Tierhaltung oder des Betriebes einer Eisenbahn oder der Anstellung des Beamten oder der privatrechtlichen Übertragung einer Verrichtung bestehen.[13]) Eine Gefährdungshaftung bestimmen auch die §§ 717, 945 ZPO.

Irrelevant ist es für die Gerichtsstandsfrage, ob das BGB. alle Regeln über unerlaubte Handlungen auf den Anspruch anwendet. So gehören z. B. in den Gerichtsstand des § 32 ZPO. die persönlichen Ansprüche gegen den nicht in einem Vertragsverhältnisse stehenden Verletzer fremden Eigentums auch dann, wenn ihr Inhalt und ihre Verjährbarkeit sich nicht nach den Vorschriften der §§ 823 BGB. f. beurteilen, sondern sich gemäß den Grundsätzen über die Gesetzeskonkurrenz[14]) ausschließlich nach der leges speciales der §§ 989 f. bestimmen.

4. Der Anspruch muß auf Schadensersatz gerichtet sein, sei es im vollen Umfange, sei es so, daß die Haftung auf bloßen Wertersatz geht[15]) oder nachträglich darauf beschränkt wird.

Nach römischem Recht ging das interdictum unde vi nach einem Jahre nur noch auf die Bereicherung und beschränkte sich die Haftung des Erben des Täters aus allen Deliktsklagen auf die Bereicherung aus dem Delikt. Ebenso entsteht nach BGB. § 853 nach Verjährung des Anspruchs auf Schadensersatz nicht ein neuer Anspruch auf die Bereicherung, sondern der alte reduziert sich auf diese. Das ist für unsere Frage geradeso bedeutsam, wie für die Verjährung des Anspruchs. Der Gerichtsstand des § 32 ZPO. bleibt auch für den sog. Bereicherungsanspruch bestehen.

Nicht hierher gehören die dinglichen Ansprüche auf Herstellung des dem vorhandenen dinglichen Rechte entsprechenden Zustandes, weil sie nicht auf der unerlaubten Handlung beruhen, sondern durch den Besitz des Beklagten begründet sind und auch nur so lange dauern, als dieser den Besitz hat,[16]) wohl aber die persönlichen Ansprüche auf Wiederverschaffung des entzogenen Besitzes.[17]) Dasselbe gilt von den positiven Ansprüchen beider

---

[13]) Dieser Auffassung (Rümelin, Eltzbacher, Gaupp-Stein u. A.) hat sich jetzt auch das RG. (VI. S.) in JWSchr. 1905 S. 317 angeschlossen, indem es unter Aufgeben der früheren Ansicht (so noch in Bd. 50 S. 408 JWSchr. 1902 S. 181 Nr. 4) den § 32 ZPO. auf die Haftpflicht aus § 1 des HaftpflG. anwendet (vgl. auch schon RG. 53 S. 77/8, 114). Nicht zuzugeben ist, daß erst durch das BGB. diese Auffassung des Begriffs der unerlaubten Handlung möglich geworden sei. — Nicht unter den § 32 ZPO. rechnen die Ansprüche aus § 1 des HaftpflG., und aus den §§ 829, 833, 835 BGB. Seuffert, Erl. 2, Skonietzki-Gelpcke Erl. 1 c (§ 829: ja) zu § 32 u. a.

[14]) Vgl. o. Bd. 1 § 31 Note 11 f., § 37 IV, 4, § 38 III (ebenso in dieser Beziehung die tüchtige Arbeit von Prym, Konkurrenz des Anspruchs (1905) 66/7; a. M. Siber, Rechtszwang 120).

[15]) So, wenn derjenige, der fremdes Eigentum durch Verarbeitung oder sonstigen Verbrauch aufhebt, nicht nach § 992 BGB. ex delicto, nicht nach §§ 989 f. ex lege auf Schadensersatz (er umfaßt nicht den Schaden wegen Vorenthaltung, wenn nicht Verzug vorliegt), sondern nach § 951 nur „nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung" (d. h. nach § 818) haftet.

[16]) S. o. Bd. 1 § 31 S. 204 5.

Art, die aus der Verletzung von anderen absoluten Rechten entstehen.[18]) Auch die Besitzansprüche (§§ 861/2, 1007) sind von den persönlichen Ansprüchen zu unterscheiden. Handelt es sich um ein Grundstück, so sind die ersteren in den ausschließlichen Gerichtsstand des § 24 ZPO. gewiesen. Der *persönliche* Anspruch (auf Schadensersatz) aber ist in unserem Gerichtsstand verfolgbar.[19])

Der zivile *Anspruch* auf Unterlassung kann nie durch eine unerlaubte Handlung *entstehen*. Wohl aber kann die Verletzung des *vorhandenen* Anspruchs auf Unterlassung, welcher die Begleiterscheinung eines jeden durch Dritte verletzbaren Rechts ist,[20]) den Grund dafür abgeben, daß wegen jenes Anspruchs ein *Klagrecht* auf Verbot der Zuwiderhandlung entsteht. Dies ist dann der Fall, wenn infolge der vorgenommenen Handlung die Besorgnis der Wiederholung begründet ist.[21]) Dann kann bei dem Gerichte geklagt werden, in dessen Bezirk die Unterlassungspflicht verletzt wurde und ihre abermalige Verletzung droht.[22])

Die Beteiligung an einer die Gläubiger benachteiligenden Handlung des Schuldners *kann* eine unerlaubte (auch strafbare) Handlung sein. Die Klage, die die aus *solcher* entsprungene *Ersatzpflicht* (§ 826) geltend macht, gehört in unseren Gerichtsstand, nicht aber die Klage, in welcher die Rechtshandlung nach den Vorschriften der §§ 29 f. KO. und des AG. vom 21./7. 1879 als den Gläubiger gegenüber *unwirksam* angefochten wird und in der der Anfechtende *die Folgen dieser Anfechtung* geltend macht. So nicht nur, wenn die Klage nur auf Feststellung der Unwirksamkeit[23]) oder auf Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung in den veräußerten Gegenstand gerichtet wird, sondern auch dann, wenn der Empfänger darauf verklagt wird, daß er eine empfangene Sache als nun wieder zur Konkursmasse gehörig zurückgewähre oder Ersatz in Geld (nach BGB. § 818 oder § 819) leiste.[24])

---

[17]) Vgl. hierüber näher o. Bd. 1 § 37 S. 264.

[18]) Näher dargelegt in Bd. 1 § 31. — Zum Ganzen vgl. RG. **13**, S. 424, **24** S. 394, **29** S. 57.

[19]) Gegen den Eigentümer, der dem *nicht* zum Besitz berechtigten Besitzer die Sache weggenommen hat, hat dieser keinen Schadensersatzanspruch (auf Zurückgabe), weil er keinen Schaden hat (o. Bd. 1 § 31 S. 208).

[20]) Vgl. o. § 30[52], § 31[7, 48, 79, 97]. Vgl. ferner RG. **51** S. 374, **53** S. 171, **54** S. 415, **56** S. 286, **57** S. 242, JZ. **9** S. 600, JWSchr. 1905 S. 140.

[21]) Vgl. o. Bd. 1 § 57 S. 373,4 (ZPO. § 259 als clausula generalis). — Anspruch und Klagbarkeit werden gerade hier vielfach nicht genügend auseinandergehalten, so auch von Oertmann, JZ. 1904 S. 617 f., Fuld bei Gruchot 47 373, Lau das. S. 497 f. Vgl. auch Mannhardt, DJZ. 8 417.

[22]) Dies scheint auch die Ansicht von Seuffert, Erl. 1 Abs. 1 zu § 32 zu sein.

[23]) So z. B. wenn die veräußerte Sache sich noch in den Händen des Verwalters befindet oder wenn die Zession einer Forderung angefochten wird.

[24]) Aus der von mir vertretenen Ansicht über die Wirkung der Anfechtung (Unwirksamkeit gegenüber den Gläubigern, gegenüber allen [im Konkurse] oder gegenüber dem einzelnen, welcher angefochten hat) ergibt sich eine wirkliche Begründung des im Texte Gesagten (vgl. o. Bd. 1 §§ 33[9], 49[37], Kipp bei Windscheid 2 § 463[a]. Fitting, Konkursrecht (3) § 18, Hellmann, Bl. f. RA. 70 401). Anders muß man von dem Gesichtspunkte aus, daß die Anfechtung nur *obligatorisch* wirke, entscheiden und entscheidet auch die herrschende Ansicht wenigstens für die Fälle KO. § 31 und AG. § 3 Nr. 1, 2, indem hier die Klage im Gerichtsstand des

II. Der Gerichtsstand ist an dem Orte, wo die unerlaubte Handlung begangen wurde,[25]) also nicht dort, wo eine bloße Vorbereitungshandlung geschah,[26]) sondern dort, aber auch überall dort, wo eines der Tatbestandselemente (Ausführungshandlung, Erfolg) verwirklicht wurde,[27]) also möglicherweise an mehreren Orten, z. B. wo der Schuß abgefeuert wurde und wo er traf, wo die Zeitung (mit dem verleumderischen Inhalte) ausgegeben und, überall, wo sie verbreitet wurde,[28]) wo die Anstiftung geschah und wo die Tat ausgeführt wurde.

III. Der Gerichtsstand ist ein Wahlgerichtsstand. Er ist ein sachlicher und gilt also für die Rechtsnachfolger des Geschädigten und gegen diejenigen, die in die Haftung (an Stelle des Täters oder neben ihm) eintreten.

IV. Um die Zuständigkeit zu begründen, ist die Anführung solcher Tatsachen erforderlich, die sich bei richtiger rechtlicher Würdigung ihrer Art nach als unerlaubte Handlung darstellen.[29]) Ist dies zu verneinen, so steht fest, daß der Gerichtsstand des § 32 nicht vorhanden ist. Dasselbe gilt, wenn sich bei rechtlicher Beurteilung der behaupteten Tatsachen ergibt, daß der Begehungsort nicht im Gerichtsbezirk ist. — Über den Beweis der Zuständigkeitstatsachen wurde schon in § 94 S. 180 gesprochen.

§ 104.

f) Die Gerichtsstände des Sachzusammenhangs, insbesondere der Widerklage.

In gewissen Fällen[1]) und in verschiedener Weise bildet der Zusammenhang, in dem Ansprüche (im prozessualen Sinne) stehen, die anhängig gemacht

---

§ 32 ZPO. gestattet wird (so RG. 21 S. 425 [Ver. Sen.], 48 S. 401, vgl. aber 56 S. 230). Literatur bei Skonietzki-Gelpcke, Erl. 1 zu § 32, Jäger (2), Erl. 4 zu § 29 KO. und Komm. zu AG., Erl. 24 zu § 1. Seuffert und Jäger lehnen wie wir den Gerichtsstand des § 32 durchweg ab.

[25]) Der Zweck ist, dem Geschädigten die Rechtsverfolgung dadurch zu erleichtern, daß er vor dem Gerichte seines Wohnsitzes (so wenigstens die meisten Fälle) klagen kann. Nur sekundär kommt die leichtere Beweisbarkeit in Betracht.

[26]) RG. 13 S. 417. Der Erlaß eines Haftbefehls dürfte nicht nur Vorbereitungshandlung sein (anders RG. 4 S. 382).

[27]) So die ganz überwiegende Meinung in der Literatur und auch die Praxis: RG. 54 S. 205, JWSchr. 1903 S. 63. Dieselbe Frage kehrt im Strafprozeß (StPO. § 7) und im Strafrecht (StGB. §§ 3—6) wieder; vgl. v. Liszt, Lehrb. § 31 c. cit.

[28]) Das RGes. v. 13/6. 1902 enthält eine Ausnahme für die strafrechtliche Verfolgung der Preßdelikte und gilt für den Zivilprozeß nicht. So auch RG. (VI S.) in JWSchr. 1903 S. 342 Nr. 15.

[29]) Es genügt also nicht, daß der Kläger den Tatbestand (z. B. die Gläubigerbenachteiligung) als unerlaubte Handlung bezeichnet.

[1]) Nicht etwa allgemein. Die ZPO. kennt kein generelles forum connexitatis. Gemeinrechtlich wurde es behauptet, vgl. Wetzell § 41 S. 505f. Heute gibt es einzelne Gerichtsstände, aber keinen einheitlichen Gerichtsstand des Sachzusammenhangs, ebenso wie es keinen Gerichtsstand, sondern nur einzelne Gerichtsstände der Obligation (§§ 103, 103a) gibt.

werden sollen oder vor denen der eine bereits anhängig ist oder anhängig war, einen Zuständigkeitsgrund, nämlich

I. der Zusammenhang, in dem ein persönlicher Anspruch mit dem in dem ausschließlichen dinglichen Gerichtsstand zu verfolgenden dinglichen Rechte steht. Mit diesem zusammen kann der persönliche Anspruch verfolgt werden, wenn die verbundenen Klagen gegen denselben Verklagten gerichtet sind.[2])

II. Für Klagen, die von Prozeßbevollmächtigten, Beiständen, Zustellungsbevollmächtigten und Gerichtsvollziehern[3]) wegen Gebühren und Auslagen gegen ihre Auftraggeber[4]) erhoben werden sollen, besteht ein Wahlgerichtsstand bei dem erstinstanzlichen Gericht des Hauptprozesses, in dem jene Forderungen erstanden sind.[5])

III. Für die Hauptinterventionsklage (gegen die beiden Parteien eines anhängigen Prozesses) besteht der Gerichtsstand bei dem Gerichte erster Instanz, bei dem jener anhängig gemacht wurde, und zwar so lange, als er bei ihm oder in der höheren Instanz anhängig ist (§ 64).

IV. Mehrere Wechselverpflichtete können zusammen bei jedem Gerichte verklagt werden, wo einer von den Streitgenossen seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.[6]) Wie schon per argumentum e contrario hieraus folgt, gilt nicht das gleiche bei allen Gesamtschuldnern.[7])

V. Der Gerichtsstand der Widerklage.[8])

1. Eine Widerklage ist die in demselben Verfahren vom Beklagten („Widerkläger") gegen den Kläger („Widerbeklagten") erhobene Klage. Ein Antrag des Beklagten enthält nur dann eine Widerklage, wenn der Beklagte seinerseits zum Angriff übergeht, indem er den Antrag auf eine selbständige (d. h. nicht schon in dem Klagabweisungsantrage enthaltene) Feststellung, auf eine Verurteilung oder Rechtsänderung stellt. Der Gebrauch des Wortes „Widerklage" ist nicht nötig[9]) und nicht genügend, wenn nicht ein selbständiger Antrag gestellt wird.[10])

---

[2]) § 25, vgl. näher o. § 101, S. 241.

[3]) Bei den Gerichtsvollziehern ist natürlich Voraussetzung, daß ihre Ansprüche überhaupt im Rechtswege verfolgbar sind, vgl. o. § 83 [25].

[4]) Nicht gilt der § 34 ZPO. für Klagen der letzteren gegen jene Personen.

[5]) § 34. In ihm liegt zugleich eine Vorschrift über die sachliche Zuständigkeit, vgl. o. § 97 S. 207. [6]) § 603 II, vgl. o. § 103, S. 255.

[7]) Hier kann aber der Zusammenhang indirekt Bedeutung für die Zuständigkeit gewinnen. Vgl. ZPO. § 36 Nr. 3 und u. § 105.

[8]) § 33. Vgl. außer den Kommentaren: Wetzell 507 f., Wach I § 40, Planck I § 19, Weismann I § 107, Löning ZZP. 4 1 f. (auch separat unter dem Titel: Die Widerklage im Reichszivilprozeß), Schmidt, ZZP. 4 375, Kleinfeller, Der G. d. W. (1882), Lippmann, Arch. f. ziv. Pr. 65 358, 71 331 f.

[9]) Aber die Form des § 297 muß im landgerichtlichen Verfahren beobachtet sein, weil sonst ein beachtlicher Antrag überhaupt nicht gestellt ist.

[10]) Beantragt der Beklagte außer der Klagabweisung noch den Ausspruch dessen, was in dieser schon liegt, und willfahrt das Gericht diesem Antrag, so ist nur ein

Die Widerklage kann nur erhoben werden, nachdem die Vorklage erhoben ist und nur so lange, als die Rechtshängigkeit dauert. Ist sie in dieser Zwischenzeit erhoben, so gilt auch hier der Grundsatz des § 263 III Nr. 2 ZPO.[11])

2. Der Gerichtsstand der Widerklage war nach gemeinem Rechte für jede Klage begründet, die während der Dauer des ersten Prozesses vom Beklagten erhoben wurde,[12]) er war also in Wahrheit kein Gerichtsstand des Sachzusammenhangs. Heute ist er dies und nur dies. Er ist begründet, wenn Vorklage und Widerklage im Zusammenhang stehen. Sein Zweck ist, in demselben Verfahren die Verhandlung und Aburteilung von konnexen Ansprüchen zu ermöglichen.

Damit das Gericht der Vorklage für den vom Beklagten zur Aburteilung zu stellenden Gegenanspruch die sonst fehlende örtliche Zuständigkeit[13]) habe, fordert das Gesetz

a) negativ, daß der Gegenanspruch nicht etwa ausschließlich vor ein anderes Gericht gehört. Diese in § 33 II besonders ausgesprochene Voraussetzung ist ganz selbstverständlich. Sie gilt für alle Vorschriften über Gerichtsstände.[14])

b) Positiv ist gefordert, daß „der Gegenspruch entweder mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche[15]) oder (auch nur) mit den gegen denselben vorgebrachten Verteidigungsmitteln in Zusammenhang steht".

Zusammenhang (oder wie das Gesetz an anderen Stellen gleichbedeutend sagt: rechtlicher Zusammenhang[16]) liegt vor, wenn die materiellen Rechtsbehauptungen (der Klage und Widerklage, oder nur des Verteidigungsmittels und der Widerklage) entweder identisch sind (α) oder aus einem gemeinsamen Rechtsverhältnisse als verschiedene Ausflüsse desselben erwachsen[17]) (β) oder sich doch auf ein solches beziehen (γ) oder sich gegenseitig bedingen, sei es negativ (indem sie sich ausschließen), sei es positiv (indem die Rechtsbehauptung der Widerklage nur richtig sein kann, wenn ein von dem Beklagten verteidigungsweise geltend gemachtes Verteidigungsmittel begründet ist) (δ). Vielfach kreuzen sich diese Gründe des rechtlichen Zusammenhangs.

Antrag gestellt und nur ein Urteil gesprochen. Der Inhalt ist nur verschieden formuliert, vgl. o. Bd. 1 § 27[24], § 58[6]. [11]) Vgl. o. § 94 VI.

[12]) Vgl. Wetzell (Note 8). Es genügte also Identität der Personen.

[13]) Nur von dieser ist in unserem Zusammenhang die Rede. Die Konnexität hat auch Bedeutung für die sachliche Zuständigkeit, vgl. o. § 97 S. 207. — Von den übrigen Prozeßvoraussetzungen der Widerklage ist in der Lehre von der Klagerhebung (Kap. 3) zu handeln. Hier mag nur folgendes bemerkt werden. Ist das Gericht aus anderem Grunde für die Entscheidung über die Widerklage zuständig, so steht nur die Ordnungsmäßigkeit der Form der Klagerhebung (Vortrag in der mündlichen Verhandlung statt Zustellung einer Klagschrift) in Frage. [14]) Vgl. o. § 98 S. 217.

[15]) Das ist nur der Prozeßgegenstand der Vorklage.

[16]) §§ 145, 147, 302. In dem Entwurfe der ZPO. (§ 33) war rechtlicher Zusammenhang gefordert. Die Streichung des Wortes „rechtlich" hat keine sachliche Bedeutung. So die herrschende Meinung (ausführlich RG. 11 S. 423). A. M. Struckmann-Koch, Erl. 2 zu § 33, Weismann I § 107[4], der sich mit Unrecht auf RG. 25 S. 398 (u. Note 21) beruft. [17]) Vgl. o. Bd. 1 §§ 30/1, bes. § 30 III, § 32 I.

Bloß tatsächlicher Zusammenhang genügt nicht. Nur ein solcher liegt vor, wenn lediglich die Subjekte der Rechtsverhältnisse oder eine oder mehrere der rechtserzeugenden Tatsachen gemeinsam sind, ohne daß eine rechtlich erhebliche gegenseitige Beziehung der Rechtsfolgen vorliegt.[18])

α) Identisch sind die materiellen Rechtsbehauptungen, wenn der Kläger auf Feststellung des Nichtbestehens einer Schuld klagt und der Beklagte Verurteilung aus demselben Anspruche erhebt, oder wenn der Beklagte mit einer Gegenforderung eventuell aufrechnet[19]) und wegen des ganzen Betrags Widerklage erhebt.[20])

β) Auf demselben Rechtsverhältnisse beruhen Forderung und Gegenforderung aus einem gegenseitigen Vertrag,[21]) aber auch die beiderseitigen Forderungen aus einem nicht vertragsmäßigen Geschäftsbesorgungsverhältnisse; ferner die Forderungen aus dem Miterbenverhältnisse (z. B. auf Mitwirkung bei der Teilung dieses und jenes Gegenstandes); die Forderung auf eine Leistung und Gegenansprüche wegen Verwendungen;[22]) die Forderung, von der ein Teil zur Aufrechnung, der andere zur Begründung des Antrags auf Verurteilung verwendet wird;[23]) das Einrederecht wegen Mangelhaftigkeit der gekauften Sache (BGB. § 478) und der Anspruch auf Wandlung und Zurückzahlung des bereits gezahlten Teilbetrags des Kaufgeldes; die auf Pfandrecht gestützte Einrede gegen den Herausgabeanspruch und die übrigen Rechte aus der Verpfändung.

γ) Auf dasselbe Rechtsverhältnis beziehen sich die Klage aus dem vom Kläger behaupteten Scheidungsrecht und das Scheidungs- oder Anfechtungsrecht, welches die Widerklage geltend macht; die Ehenichtigkeitsklage und die auf Feststellung des (gültigen) Bestehens der Ehe gerichtete Widerklage;[24]) die Klage auf Feststellung des Erbrechts (oder aus dem Erbschaftsanspruche) und die Widerklage auf Erbunwürdigkeitserklärung;[25]) die Klage aus dem

---

[18]) Der aus einer Nachlaßverbindlichkeit verklagte Erbe kann also z. B. die Zuständigkeit für die Widerklage aus einem ererbten Rechte nicht daraus ableiten, daß beide Rechtsverhältnisse für ihn durch die Beerbung entstanden sind (Wach I 480).

[19]) Vgl. o. Bd. 1 § 35 S. 243f.

[20]) Im Aufrechnungsfalle bezieht sich die Identität auf den verteidigungs- und widerklagweise geltend gemachten Rechtsbehelf.

[21]) Vgl. RG. 25 S. 398 (Sozietät).

[22]) Wird in diesen Fällen das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht, so ist Konnexität sowohl mit dem Klaganspruch, als mit der Einrede vorhanden. Ersterer wird durch das Zurückbehaltungsrecht in seinem Inhalte und seiner Kraft berührt.

[23]) Hat der Kläger nur auf den nach vollzogener Aufrechnung verbliebenen Überschuß geklagt, bestreitet aber der Beklagte die Klagforderung, so kann er wegen der vom Kläger bereits abgerechneten Gegenforderung nicht Widerklage erheben, weil diese für die Entscheidung dieses Prozesses ohne Bedeutung ist. (So mit Recht Seuffert, Erl. 2e zu § 33. A. M. RG. in Seuff. Arch. 49 Nr. 51 nach früherem Rechte.) Anders wäre es, wenn der Kläger auf Feststellung des Nichtbestehens der Gegenforderung Klage erhoben hätte, s. o. unter α und § 96[18].

[24]) Für die Zuständigkeit kommen diese Beispiele nicht in Betracht (wegen § 33 II). Aber sie werden erwähnt, weil auf den Begriff des Zusammenhangs öfters Bezug genommen werden muß. [25]) Ein ähnlicher Fall in RG. 25 S. 396.

Anspruch wegen angeblicher Beeinträchtigung des Eigentums (BGB. § 1004) und die Widerklage aus der vom Beklagten in Anspruch genommenen Grundgerechtigkeit.

δ) Ein Bedingungsverhältnis liegt vor, wenn in der Vor- und Widerklage Rechte geltend gemacht werden, die einander ausschließen, so wenn beide Parteien das Eigentum an derselben Sache, dasselbe Erbrecht, dieselbe Forderung [26]) für sich in Anspruch nehmen, aber auch dann, wenn der Kläger auf Rückgabe einer geliehenen Sache klagt und der Beklagte behauptet, sie sei ihm als Pfand gegeben, oder wenn der Kläger wegen Besitzstörung klagt, der Beklagte aber sich Besitz zuschreibt und seinerseits in den Handlungen des Klägers eine Besitzstörung erblickt. [27]) In allen diesen Fällen, in denen die Voraussetzung für die Widerklage nicht zweifelhaft ist, liegt der Zusammenhang in der Unverträglichkeit der beiderseitigen Rechtsbehauptungen, nicht etwa in dem Zusammenhang der Widerklage mit dem Verteidigungsmittel. Denn die Verteidigung des Beklagten ist hier als solche nur Negation der klägerischen Rechtsbehauptung. Behauptet der Beklagte, selbst der Eigentümer zu sein, so begründet er damit nur seine Verneinung. Seine Verteidigung ist nicht, daß er Eigentümer ist, sondern daß der Kläger es nicht ist.

Beispiele für das positive Bedingungsverhältnis ergeben sich aus den früheren Ausführungen. Dieses Verhältnis liegt überall vor, wenn ein verteidigungsweise geltend gemachtes Recht zugleich widerklageweise geltend gemacht wird, wie z. B. das Zurückbehaltungsrecht oder das Pfandrecht (gegenüber dem Herausgabeanspruch). [28]) —

Aus diesen Darlegungen erhellt, daß der Zusammenhang mit den Verteidigungsmitteln in der Regel auch die Konnexität mit dem Klaganspruch bedeutet. Soll die Zuständigkeit lediglich aus dem Zusammenhang mit dem Verteidigungsmittel abgeleitet werden, so ist es zwar natürlich nicht nötig, daß das Verteidigungsmittel begründet ist, [29]) wohl aber, daß es von der Art ist, daß es bei der Entscheidung dieses Prozesses irgendwie auf das Verteidigungsmittel ankommen kann. Ist dies nicht der Fall, so hat das Gericht das Verteidigungsmittel völlig unberücksichtigt zu lassen. Dann

---

[26]) Dies ist der Fall des sog. Prätendentenstreits (Wach I 482 [29]).

[27]) Nach heutigem Rechte gehört hierher auch der Fall, daß der Beklagte gegenüber der Klage auf Herausgabe des Besitzes behauptet, er selbst habe das Recht auf den Besitz. Vgl. u. bei Note 31. — Gemeinrechtlich gehört hierher der Fall, daß gegenüber der actio Publiciana die exceptio dominii geltend gemacht und die Klage aus dem Eigentum erhoben wird. Das Eigentum schließt, wenn man von der prozessualen Einkleidung der Rechtssätze absieht, das Publicianische Recht, das der Kläger behauptet, aus, wie heute die „Einrede" des Eigentums im Falle des § 1007 II BGB. die Negation des klägerischen Eigentums ist.

[28]) Noch weitergehende Wirkung für die Zuständigkeit hat § 280 ZPO., vgl. u. VI.

[29]) Im Falle der Note 20 würde nicht etwa die Widerklage wegen Unzuständigkeit (oder Unzulässigkeit) abzuweisen sein, wenn sich herausstellt, daß die aufgerechnete Gegenforderung nicht besteht.

widerstreitet es aber dem Zwecke, zu dem der Gerichtsstand des heutigen Rechts geschaffen ist, wenn in diesem Prozesse auf die Widerklage eingegangen werden müßte. Der Gerichtsstand der Widerklage kann nicht dadurch geschaffen werden, daß der Beklagte ein beliebiges völlig irrelevantes Verteidigungsmittel vorbringt und daraufhin Widerklage erhebt.[30])

Aus diesem Gesichtspunkte wird meistens abgeleitet, daß gegenüber der Eigenmachtsklage die petitorische Widerklage unzulässig sei. Nach früherem Rechte war dies richtig.[31]) Nach heutigem Rechte ist die Widerklage als zulässig zu erachten. Gegenüber der auf § 1007 II BGB. gestützten Besitzklage (wegen unfreiwilligen Besitzverlusts) ist zweifellos die Behauptung des Beklagten, er sei zum Besitz berechtigt, zulässig; sie verneint, daß dem Kläger der Besitzanspruch zustehe. Aber auch der Eigenmachtsanspruch (BGB. § 861) steht dem Kläger materiell nicht zu, wenn der Beklagte durch die Eigenmacht sich den Besitz verschaffte, auf den er ein Recht hat.[32]) Trotzdem ist der Kläger in der Regel prozessual in der Lage, die Verurteilung zur Herausgabe zu erzwingen. Materiell ist die Sachlage heute so, als wenn der durch einen Wechsel legitimierte Nicht-Gläubiger aus diesem klagt und der Beklagte die Verurteilung über sich ergehen lassen muß, weil er die Zurückzahlung nicht durch Urkunden oder Eideszuschiebung beweist. Der Unterschied ist der, daß hier der Beklagte sogleich im Nachverfahren Gelegenheit hat, seine Rechtsbehelfe nachzubringen (§ 600). Dagegen muß der zum Besitz berechtigte Beklagte, wenn er sein Recht gegenüber dem es bestreitenden[33]) Kläger nicht durch ein rechtskräftiges Urteil belegen kann, durch Klage vorgehen. Diese kann er auch als Widerklage[34]) erheben. Die Berufung auf das Besitzrecht ist nicht bedeutungslos, sondern sie nützt nur dem Beklagten in der Regel nichts.[35])

VI. Die Inzidentfeststellungsklage (§ 280).

1. Hängt die Entscheidung über den Prozeßgegenstand von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines anderen Rechtsverhältnisses ab,[36]) so beschränkt sich die Rechtskraft auf die Entscheidung über den Prozeßgegenstand (§ 322). Aber das Gesetz will den Parteien die Möglichkeit eröffnen, sogleich in

---

[30]) Die Frage ist streitig. A. M. Wach I 482f., Löning ZZP. 4 94f., Struckmann-Koch zu § 33. Wie hier RG. 23 S. 396, Planck I § 19[25], Seuffert, Erl. 2e, Gaupp-Stein, Skonietzki-Gelpcke u. a.

[31]) RG. 23 S. 396 bezieht sich auf ein anderes materielles Recht, als wir es heute haben. [32]) Die Begründung ist o. Bd. 1 § 31 bei Note 55f. gegeben.

[33]) Gesteht der Kläger zu, daß der Beklagte „ein Recht hat, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann" (könnte), so ist m. E. die Einwendung des Beklagten zu berücksichtigen. Zu beachten ist aber, daß man Eigentum haben kann und doch zurzeit nicht berechtigt ist, Herausgabe zu verlangen.

[34]) Diese ist natürlich, solange der Beklagte im Besitze der weggenommenen Sache ist, nur auf Feststellung des Rechtes zum Besitz zu richten.

[35]) Für Zulässigkeit der Widerklage sprechen sich aus die Denkschrift zur Novelle (§ 232) bei der Begründung, weshalb das Verbot der Verbindung von possessorium und petitorium zu streichen sei, Cosack (4) 2 § 189 VIII, 1, Haverkamp, Recht 5 617, in beschränktem Maße Skonietzki-Gelpcke, Erl. 5 zu § 33. Verneinend die übrigen Kommentare.

[36]) Man denke an folgende Beispiele: Dinglicher oder persönlicher Anspruch aus Eigentum — Eigentum; ererbte Forderung oder Nachlaßverbindlichkeit — Erbrecht; Zinsen — Hauptgeld; Pfandrecht — Pfandschuld.

diesem Prozesse eine rechtskräftige Entscheidung über die Vorfragen herbeizuführen. Deshalb gestattet das Gesetz

dem Kläger „durch Erweiterung des Klagantrags“,[37])

dem Beklagten durch Erhebung einer Widerklage

zu beantragen, daß das präjudizielle Rechtsverhältnis durch Urteil selbständig (d. h. nicht nur in den Gründen) festgestellt werde. Durch einen solchen Antrag wird dieses neue Rechtsverhältnis erst zum Prozeßgegenstand gemacht.[38])

2. Die Bedeutung dieser Vorschrift betrifft

a) die Form der Klagerhebung (bloßer Vortrag der mündlichen Verhandlung nach § 281);

b) den Rechtsschutzgrund (nach dem Feststellungsinteresse und sonstigen regelmäßigen Voraussetzungen[39]) der Feststellungsklage darf nicht gefragt werden. Es ist erforderlich, aber auch genügend, daß das Rechtsverhältnis präjudiziell und bestritten ist);[40]) endlich

c) die Zuständigkeit und zwar

α) die sachliche. Wie aus § 506 hervorgeht, ist das Landgericht für jede Zusatzklage zuständig, das Amtsgericht ist es zwar nicht, aber trotzdem ist die Klage gültig erhoben, wenn der Zusatzkläger Verweisung beantragt.[41])

β) Von Bedeutung ist § 280 auch für die örtliche Zuständigkeit. Durch die Zulassung der Zusatzklage ist ein Gerichtsstand des Sachzusammenhangs geschaffen.[42]) Der Zweck des § 280 ZPO. würde nicht erreicht werden, wenn die Zusatzklage des Klägers davon abhängig wäre, daß die Zuständigkeit nicht nur für die prinzipale Klage vorhanden, sondern an sich auch schon für die Zusatzklage gegeben sei. Der § 280 spricht auch ganz allgemein, und es ist unzulässig, eine Unterscheidung in ihn hineinzutragen, die nicht in ihm ausgesprochen ist. Daß er nicht in dem Abschnitt über die (örtliche) Zuständigkeit steht, ist ohne Bedeutung, weil sich auch sonst viele sie betreffende Vorschriften in anderem Zusammenhange finden.

Nach allgemeinen Grundsätzen versteht es sich von selbst, daß dieser Gerichtsstand des Zusammenhangs nicht begründet ist, wenn für das Rechtsverhältnis der Zusatzklage ein anderes Gericht ausschließlich zuständig ist.[43])

---

[37]) Was für den Kläger gilt, gilt auch für den Widerkläger hinsichtlich der Erweiterung seines Widerklagantrags, so z. B. wenn das von ihm widerklagend geltend gemachte Pfandrecht bestritten wird, weil die Pfandschuld fehle.

[38]) Seuffert, Erl. 6 nennt die Klage deshalb ganz passend eine Zusatzklage.

[39]) Vgl. o. Bd. 1 § 58 bei Note 23. [40]) Vgl. o. Bd. 1 § 59[13].

[41]) Vgl. o. § 97 S. 207.

[42]) Dies wird geleugnet von Petersen, ZZP. 2 197 und Erl. 5 zu § 280, Löning, ZZP. 4 100 f., Wach, Arch. f. ziv. Pr. 62 399 f., Handb. I 488.

[43]) Vgl. o. bei Note 14. Auch im Falle des Textes halten den § 280 für anwendbar: Hellmann, Lehrb. 144, Oertmann, ZZP. 25 48, Struckmann-Koch,

Dies ist ebenso sicher, wie die Unanwendbarkeit des § 280, falls die Prozeßart die Zulässigkeit der neuen Klage ausschließt.[44])

Auch soweit es sich um Widerklage handelt, ist der § 280 nicht etwa neben § 33 ganz überflüssig. Der Gerichtsstand der Widerklage würde nach § 33 in den meisten, aber nicht in allen Fällen begründet sein,[45]) in denen er nach § 280 vorhanden ist.[46]) Dafür setzt er aber, wenn § 33 nicht anwendbar ist, voraus, daß das Rechtsverhältnis der Zusatzklage streitig ist und das Urteil über den ursprünglichen Prozeßgegenstand der Klage nicht ohne eine Entscheidung über das andere Rechtsverhältnis getroffen werden kann.

3. Das Gesetz gibt hiernach keineswegs dem Gericht, welches für den einen Anspruch die Zuständigkeit hat, diese auch für alle anderen Ansprüche, die mit jenem zusammenhängen, sondern nur

a) für dasjenige Rechtsverhältnis, welches mit dem ersteren im präjudiziellen Verhältnisse steht,

b) nur, wenn es streitig ist,

c) nur für die Feststellungsklage,

d) nur als Zusatzklage.

Folgt man dem Wortlaut des § 280, so ergibt sich bezüglich des letzten Erfordernisses (d) folgendes Resultat. Der Eigentümer, dessen Sache in Stettin bei seinem Verwahrer für den in München wohnenden Gläubiger des Verwahrers gepfändet ist, hat sein durch Verletzung des Eigentums entstandenes Widerspruchsrecht vor dem Stettiner Gerichte zu verfolgen (§ 771). Wird nun in dem Prozesse das Eigentum des Klägers bestritten, so kann er die Zusatzklage auf Feststellung des Eigentums erheben. Hat er aber, da der Beklagte dieses bestreitet, sogleich 1. auf Widerspruchsurteil (Freigabe des Pfandes) und 2. auf Feststellung des Eigentums geklagt, so scheint es, als ob der Münchener Beklagte berechtigt sein müßte, die Abweisung der zweiten Klage wegen Unzuständigkeit zu verlangen. Wäre dies richtig, so müßte man dem Kläger raten, die zweite Klage zurückzunehmen und alsbald wieder zu erheben, nachdem der Beklagte das Eigentum bestritten hätte. Dies wäre aber ein unnützer Umweg. Er braucht auch nicht beschritten zu werden. Dies ergibt sich aus dem bereits mehrfach betonten Grundsatz, daß es genügt, wenn im Laufe des Prozesses der Zuständigkeitsgrund eintritt.[47]) Dieser besteht in der Präjudizialität und in dem Bestreiten.

Erl. 2 u. a. — Wie wir: Seuffert, Erl. 6 b, Gaupp-Stein, Erl. III zu § 280, Planck I § 19[22], § 20[16-19], Weismann I 487.

[44]) Vgl. z. B. §§ 615 [2], 633, 638, 640.

[45]) Das Gegenteil nimmt man meistens an, so Löning, ZZP. 4 101 f., Seuffert, Erl. 66 zu § 280.

[46]) So würde ohne den § 280 der Beklagte nicht berechtigt sein, widerklagend die Feststellung zu beantragen, daß der Kläger nicht der Erbe sei.

[47]) Vgl. o. § 94 VI und § 67 i. A.

Bestreitet der Beklagte, so ist also die Zuständigkeit eingetreten und der Mangel, der der Klagerhebung wegen ihres Fehlens anhaftete, ist geheilt. Anders ist es allerdings, wenn der Beklagte das Eigentum anerkennt oder Versäumnisurteil gegen sich ergehen läßt. Dann wäre die zweite Klage wegen Unzuständigkeit abzuweisen.

Hiernach kann der Kläger alsbald die Klage auf Feststellung des präjudiziellen Verhältnisses mit derjenigen Klage, für die das Gericht zuständig ist, verbinden. Er läuft keine Gefahr, wenn der Beklagte bestreitet, wohl aber erleidet er Prozeßabweisung wegen Unzuständigkeit, wenn dieser nicht bestreitet.

VII. Bei den Widerspruchsklagen[48]) und Anhangsklagen[49]) ist der Zusammenhang für die Normierung der Zuständigkeit maßgebend. Doch überwiegt hier der Gesichtspunkt der funktionellen Zuständigkeit (o. § 95 V, § 97 III).

§ 105.

4. Zuständigkeit kraft der Bestimmung des höheren Gerichts.[1])

I. Die funktionelle, sachliche und örtliche Zuständigkeit beruht in der Regel unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift. In gewissen Notfällen aber sieht das Gesetz vor, daß „die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht erfolgt“ (§ 36). Diese Bestimmung ist der Zuständigkeitsgrund. Sie ist weder ein Akt der Rechtsprechung,[2]) da sie keine Entscheidung über die Zuständigkeit, sondern ihre Verleihung ist; noch ist sie ein Akt der Justizverwaltung.[3]) Vielmehr ist sie eine Anordnung, die mehr einer lex specialis gleicht; das höhere Gericht erhält die Befugnis zu ihrem Erlaß durch gesetzliche Delegation.[4]) Daß diese nicht unbeschränkt ist, ist eine häufig zu findende Erscheinung.

Die Bestimmung setzt im Falle des § 36 Nr. 3 (II, 3) ein Klagverfahren voraus; in den anderen Fällen kann es sich auch um eine andere

[48]) §§ 584, 665, 767/8, 771, 785, 796 III, 805, 879, 925, 957, 1041.

[49]) §§ 323, 731, 893.

[1]) Wetzell 463 f., Wach I 491, Planck I 82, Schmidt § 45 II a. E., Schultzenstein ZZP. 23 58 f. — Planck spricht von dem Gerichtsstand kraft höheren Auftrags, Wach von dem des Kommissoriums.

[2]) So Seuffert, Erl. 1 zu § 36 („eine in Ausübung der Gerichtsbarkeit vorgenommene Handlung“).

[3]) So die allgemeine Ansicht (ausführlich Schultzenstein 73). Ihre Unhaltbarkeit erhellt besonders deutlich in den Fällen des § 36 Nr. 5, 6, wo contra rem indicatam entschieden wird. Vgl. unten II 5, 6.

[4]) Diese Anordnung hat für den speziellen Fall eine Bedeutung gleicher Art, wie sie den generellen, die gesetzlichen Vorschriften ergänzenden Anordnungen zukommt, zu deren Erlaß die Justizverwaltungsbehörden durch Vorschriften wie z. B. §§ 14, 15, 27 ZPO. ermächtigt werden. Ähnliche Bestimmungen in anderen Gesetzen sind bei Schultzenstein 61 f. zusammengestellt.

zivilprozessuale Angelegenheit handeln.[5]) Obwohl der § 36 in dem Titel „Gerichtsstand" steht, betrifft er doch nicht nur die örtliche Zuständigkeit.

Die Bestimmung geschieht, wenn ein Gericht verhindert ist (§ 36 Nr. 1), durch das ihm zunächst übergeordnete Gericht, sonst durch das Gericht, welches den mehreren beteiligten Gerichten gemeinschaftlich übergeordnet ist, also

durch das Reichsgericht, wenn diese Gerichte mehrere Oberlandesgerichte sind oder auch nur verschiedenen Oberlandesgerichtsbezirken angehören;[6])

durch das Oberlandesgericht, wenn mehrere Landgerichte seines Bezirks oder mehrere Amtsgerichte beteiligt sind, die verschiedenen Landgerichtsbezirken seines Bezirks angehören;

durch das Landgericht, wenn nur mehrere Amtsgerichte seines Bezirks beteiligt sind.

Die Vorschriften der ZPO. regeln Situationen einheitlich, die im früheren Rechte verschieden behandelt wurden. Nach gemeinem Rechte devolvierte der Prozeß an die höhere Instanz, wenn das untere Gericht nicht fungieren konnte oder wenn ein Kompetenzkonflikt zwischen mehreren Gerichten bestand, so jedoch, daß das höhere Gericht berechtigt (nicht: verpflichtet) war, ein unteres Gericht zu delegieren. Die heutige Bestimmung des zuständigen Gerichts hat eine andere Bedeutung; der Gedanke, daß die höhere Instanz selbst entscheiden könnte, ist mit der heutigen Gerichtsorganisation unvereinbar. In Fällen nach Art des § 36 Nr. 3, 4 wurde gemeinrechtlich ohne weiteres ein forum ex identitate fundamenti agendi personale vel reale bei dem den Beklagten gemeinschaftlichen höheren Gerichte behauptet. Die neueren Gesetzgebungen stimmen darin überein, daß das höhere Gericht nie selbst entscheiden kann, differieren aber in den Einzelheiten.[7])

II. Die einzelnen Fälle sind folgende:

1. Das an sich, d. h. nach der gesetzlichen Ordnung, zuständige Gericht ist in dem einzelnen Falle an der Ausübung des Richteramts rechtlich oder tatsächlich verhindert (§ 36 Nr. 1).

Fälle der letzteren Art ergeben sich aus dem Stillstand der Rechtspflege (§ 245); rechtliche Verhinderung liegt vor, wenn soviel Richter (einschließlich der Vertreter) kraft Gesetzes ausgeschlossen (§ 41) oder mit Erfolg abgelehnt (§ 42) sind, daß das Gericht nicht tätig werden kann. Dies kann sowohl bei dem Gerichte erster Instanz als auch beim Berufungs- und Beschwerdegericht eintreten. Das zu bestimmende Gericht muß ein Gericht gleicher Ordnung wie das verhinderte sein. In der Auswahl ist das bestimmende Gericht frei. — Der dem Antrag stattgebende Beschluß hat nur die Bedeutung, daß er an Stelle des verhinderten Gerichts ein anderes setzt; ob ersteres das zuständige war, läßt der Beschluß offen. — Ist die Ange-

---

[5]) Vgl. z. B. RG. 54 S. 206 (Vollstreckung, Fall des § 36 Nr. 6), RG. 13 S. 233 (ein anderes Berufungsgericht, Fall des § 36 Nr. 1), RG. 44 S. 394 (ein anderes Rechtshilfegericht).

[6]) Eine Ausnahme gilt (zurzeit) nur in Bayern. Das Oberste Landesgericht bildet die entscheidende gemeinschaftliche Spitze, wenn die Gerichte den Bezirken verschiedener bayerischer Oberlandesgerichte angehören (EG. z. ZPO. § 9).

[7]) Nachweise bei Wetzell und Planck (Note 1) und in den Motiven zur ZPO. §§ 36 f.

legenheit bereits anhängig, so geht sie an das bestimmte Gericht über.[8]) Den Antrag auf Bestimmung kann in diesem Falle jede der beiden Parteien stellen.

2. Mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Gerichte ist es ungewiß, welches Gericht für den Rechtsstreit zuständig sei (§ 36 Nr. 2).

Nicht gefordert ist, daß die Grenzen ungewiß sind (ein Fall, der heute kaum in Betracht kommen kann), sondern daß die Zuständigkeit ungewiß ist mit Rücksicht auf die Grenzen, so z. B. wenn die Grenze durch das Haus hindurch geht, in dem der Beklagte wohnt, oder wenn es gewiß ist, daß der die Zuständigkeit begründende Tatbestand in dem Bezirke des einen oder anderen Gerichts eingetreten ist, aber ungewiß bleibt, in welchem von beiden er eintrat.[9])

3. Mehrere Personen, die bei verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand haben und gegen die ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand (z. B. des Erfüllungsorts oder der belegenen Sache) nicht begründet ist, sollen als Streitgenossen verklagt werden (§ 36 Nr. 3). Hier soll die Bestimmung des höheren Gerichts die gemeinsame Belangung ermöglichen.

4. Die Klage soll in dem dinglichen Gerichtsstande erhoben werden, aber die (einheitliche) Sache ist in den Bezirken verschiedener Gerichte belegen (§ 36 Nr. 4). Nicht gefordert ist, daß der ausschließliche dingliche Gerichtsstand (§ 24) in Frage steht.

5. Mehrere Gerichte haben sich rechtskräftig für zuständig erklärt (§ 36 Nr. 5).

Dieser sog. positive Kompetenzkonflikt liegt nicht schon dann vor, wenn dieselbe Angelegenheit vor verschiedenen (ordentlichen) Gerichten[10]) schwebt,[11]) sondern erst dann, wenn sich beide für zuständig erklärt haben und diese Entscheidungen rechtskräftig geworden sind.[12]) Dann besteht die Gefahr, daß mehrere (sich vielleicht widersprechende) Entscheidungen über dieselbe Angelegenheit gefällt werden.[13]) Dies soll verhütet werden. Deshalb ist Voraussetzung, daß nicht bereits ein Endurteil gefällt und rechtskräftig geworden ist.[14]) Die Bejahung der Zuständigkeit muß also durch eine Vorentscheidung (Zwischenurteil) ergangen sein.

---

[8]) Vgl. o. §§ 80 [10], S. 90.

[9]) A. M. Wach I 493 gegen die Motive, die die im Texte angeführten Beispiele enthalten. Der Zweck der Vorschrift ist gerade, die Ungewißheit über die Zuständigkeit in solchen Fällen durch Bestimmung derselben zu beseitigen.

[10]) Über das Verhältnis von Gerichten und Verwaltungsbehörden vgl. o. Bd. 1 § 16 II. Skonietzki-Gelpcke, Erl. 10 zu § 36 wollen den § 36 Nr. 5, 6 auch auf Konflikte mit besonderen Gerichten anwenden. Dies verstößt aber gegen § 8 EG. z. GVG. und § 3 EG. z. ZPO. Nur im Verhältnisse von ordentlichen Gerichten und Gewerbe- und Kaufmannsgerichten wird man mit Rücksicht auf die in GGG. § 28, KGG. § 16 enthaltene Regelung (o. Bd. 1 § 14 III, 3) dieser Ansicht zustimmen können.

[11]) Gleichgültig ist, ob die Parteirollen dieselben sind (Klage aus Schuld — negative Feststellungsklage).

[12]) Ist dies nicht der Fall, so muß die Hilfe durch Anfechtung gesucht werden.

[13]) Die beteiligten Gerichte selbst können hier nicht helfen, da die Rechtskraft sie hindert. Vgl. o. § 94.

[14]) In diesem Falle wird die widersprechende Entscheidung dadurch verhütet, daß in dem noch schwebenden Prozesse die Rechtskraft geltend gemacht wird. Sind zwei widersprechende rechtskräftige Endurteile ergangen, so geht das jüngere dem älteren vor. Die Möglichkeit, das jüngere noch anzufechten, besteht in dem Umfange des § 580 Nr. 7a (§§ 581 f.).

Die Bestimmung des höheren Gerichts hat hier einen positiven und einen negativen Inhalt. Einerseits wird das Gericht bezeichnet, welches die Angelegenheit erledigen soll (es wird in der Regel eines von denen sein, die bereits mit der Angelegenheit befaßt waren); anderseits aber bewirkt die Entscheidung des höheren Gerichts, daß das andere Gericht sich nicht mehr mit der Angelegenheit zu befassen hat. Der Bestimmungsbeschluß beendigt also die Rechtshängigkeit vor dem ausgeschiedenen Gerichte; er greift in den Gang des Verfahrens in einer Weise ein, wie es wegen der Rechtskraft in Ermangelung unserer Vorschrift nur durch ein Spezialgesetz geschehen könnte.

6. Verschiedene Gerichte, von denen eines für den Rechtsstreit zuständig ist, haben sich rechtskräftig für unzuständig erklärt (§ 36 Nr. 6).

Bei diesem sog. negativen Kompetenzkonflikt ist Voraussetzung, daß der Gesuchsteller bereits mehrere Gerichte angerufen hat, aber wegen Unzuständigkeit abgewiesen wurde und daß jedenfalls eines der Gerichte sich mit Unrecht für unzuständig erklärt hat. Nicht erforderlich ist, daß dem Gesuchsteller die Möglichkeit, noch ein weiteres Gericht anzugehen, fehlt.[15])

In diesen Fällen hat der Gesuchsteller nicht die Möglichkeit, das zuständige Gericht, das ihn mit Unrecht abgewiesen hat, nochmals anzugehen.[16]) Hier hilft nur die Bestimmung durch das höhere Gericht. Dieses ist durch unsere Vorschrift ohne Rücksicht auf die ergangene Prozeßabweisung befugt, dasjenige Gericht zu bezeichnen, welches die Angelegenheit zu erledigen hat. Das bestimmte Gericht kann und muß dies tun, weil die Wirkung der früheren Prozeßabweisung durch den Bestimmungsbeschluß aufgehoben ist.[17])

III. Die Bestimmung erfolgt nur auf Antrag und kann noch im Laufe des Prozesses erfolgen.[18]) Das Gesuch unterliegt dem Anwaltszwange.[19]) Es kann mit dem Ablehnungsgesuch (§ 36 Nr. 1, § 44) verbunden werden. Mündliche Verhandlung ist nicht erforderlich, nicht einmal eine Anhörung des Gegners ist vorgeschrieben (§ 37). Der Antragsteller hat die im Gesetz bestimmten Voraussetzungen für die Bestimmung des zuständigen Gerichts darzulegen. Das angegangene Gericht muß ihr Vorliegen von Amts wegen prüfen. Es ist auf die angebotenen Feststellungsmittel nicht beschränkt.[20]) Weitere Prozeß- und Klagvoraussetzungen, die für den

---

[15]) Beispiel: Der aus § 823 BGB. belangte Beklagte hat eine Wohnung in A und ein Geschäft in B. Vom Gerichte A ist die Klage abgewiesen, weil der Beklagte seinen Wohnsitz in B habe, vom Gerichte B, weil der Wohnsitz in A sei und der Gerichtsstand der Niederlassung für die Deliktsklage nicht begründet sei. Hier ist der Fall des § 36 Nr. 6 gegeben, obwohl die Handlung in C begangen ist und dort (ZPO. § 32) verfolgt werden könnte.

[16]) Dies folgt aus der Rechtskraft der Prozeßabweisung. Fehlte sie, so wäre der § 36 Nr. 6 nicht absolut nötig. Vgl. über diese Streitfrage und bes. über § 11 ZPO. o. § 94 V. [17]) Vgl. dazu Text unter 5 a. E.

[18]) Auch im Falle § 36 Nr. 3 ist die Nachholung im Laufe des Prozesses möglich und wirksam, wenn das vom Kläger angegangene, an sich unzuständige Gericht als das zuständige bestimmt wird (RG. 52 Nr. 36, s. o. § 67 I, 1 a).

[19]) So auch Planck I 87[30], während die h. M. Anwaltszwang verneint, weil es sich nicht um ein prozessuales Gesuch, sondern um eine Justizverwaltungssache handele. Aber letzteres nicht richtig. Vgl. o. Note 3 und besonders II, 5, 6.

[20]) Darüber ist man einverstanden. Man leitet es gewöhnlich aus dem in Note 19 bezeichneten Gesichtspunkte ab. — So kann das Gericht z. B. amtliche Auskunft über die Grundbuch- und Grenzverhältnisse einziehen.

künftigen oder den anhängigen Prozeß in Frage kommen, hat das Gericht nicht zu prüfen. Darüber entscheidet auch der Beschluß nicht, sondern er erledigt nur die Zuständigkeitsfrage in dem Umfange, in dem sie durch das Gesuch unterbreitet ist.[21]) Voraussetzung der Zuständigkeit irgend eines deutschen Gerichts ist das Vorhandensein der deutschen Gerichtsbarkeit. Fehlt diese, so ist das Gesuch zurückzuweisen.

Die Entscheidung erfolgt in der Form des Beschlusses. Lehnt dieser die Bestimmung ab, so ist die (einfache) Beschwerde statthaft, wenn noch eine höhere Instanz offen steht.[22]) Wird dem Gesuch stattgegeben, so „findet eine Anfechtung des Beschlusses nicht statt" (§ 37 II). Diese Vorschrift bedeutet nicht etwa nur, daß die Beschwerde nicht statthaft ist,[23]) sondern sagt, daß die Wirkung des Beschlusses in dem Prozeßverfahren nicht deshalb in Frage gestellt werden kann, weil er mit Unrecht erlassen sei.

Diese Wirkung bestimmt sich nach dem Inhalt des Beschlusses. Dieser ist nicht eine Feststellung (nicht die Entscheidung eines Streites über die Zuständigkeit), sondern Verleihung der Zuständigkeit (im Umfange des Beschlusses) und in den Fällen II, 5, 6 (§ 36 Nr. 5, 6) zugleich die Beseitigung der bindenden Wirkung der früheren rechtskräftigen Entscheidungen über die Zuständigkeit. Diese (konstitutive) Wirkung bindet die Parteien und das bestimmte Gericht. Seine Zuständigkeit und (in den Fällen des § 36 Nr. 5, 6) die Zulässigkeit erneuten Verfahrens kann nicht deshalb in Frage gestellt werden, weil eine gesetzliche Voraussetzung für den Beschluß gefehlt habe.[24])

§ 106.

5. Vereinbarung über die Zuständigkeit und gleich wirkendes Verhalten der Parteien (Prorogation).[1])

I. In weitreichendem Maße verleiht das Gesetz den Parteien die Möglichkeit, durch Vereinbarung ein „an sich", d. h. nach den gesetzlichen Vor-

---

[21]) Will der Kläger vor dem Amtsgericht A die Klage erheben, und bittet er, da dieses verhindert sei, um die Bestimmung eines anderen Amtsgerichts, so bleibt die sachliche Zuständigkeit außer Betracht.

[22]) Dies ist allgemein anerkannt. Die Beschwerde geht an das dem angegangenen Gerichte vorgesetzte Gericht (§§ 567 I, 568); nicht etwa kommen die Grundsätze über die Beschwerde in Justizverwaltungsangelegenheiten zur Anwendung.

[23]) Dies versteht sich nach § 567 I von selbst.

[24]) A. M. Schultzenstein, ZZP. 23 112f., 133, der die Nachprüfung in weiterem Maße gestattet, zum Teil auch die Kommentare.

[1]) Lehrbücher: Wetzell § 39 Nr. 2, Wach I 499f., Planck I §§ 21, 23 II, Fitting § 16, Schmidt § 46, Weismann I § 31. — Kommentare: zu §§ 38—40. — Aus der großen monographischen Literatur wird hervorgehoben: Wach, Arch. f. ziv. Pr. 62 373f., Grünhuts Z. 6 515f., 593f., bei Gruchot 24 703f., Bülow, Arch. f. ziv. Pr. 62 41f., 64 32, Fitting, Arch. f. ziv. Pr. 63 222f., ZZP. 6 253, 13 78, Birkmeyer, Das

schriften sachlich oder örtlich unzuständiges Gericht zuständig zu machen. Zugleich aber berücksichtigt das Gesetz das öffentliche Interesse, welches erheischt, daß die Tätigkeit der Gerichte nicht unnütz wird, wenn sie schon bis zu einem gewissen Punkte in der Prozeßangelegenheit tätig geworden sind. Aus diesem Gesichtspunkt wird der Vereinbarung der Parteien ein gewisses Verhalten derselben in der Wirkung völlig gleichgestellt (IV). Hier liegt der Zuständigkeitsgrund zwar ebenfalls in der Parteitätigkeit, aber diese ist nicht vom Prorogationswillen getragen, sondern wirkt als solche ganz ohne Rücksicht auf das, was die Parteien bezüglich der Zuständigkeitsfrage gewußt und gewollt haben.

Dieser Rechtszustand ist das Ergebnis einer langen Entwicklung.[2] Nach römischem Recht wurde der unzuständige Richter zuständig dadurch, daß auf Grund der Vereinbarung der Parteien und ohne Widerspruch des Richters (l. 2 § 1 D. 5, 1) die Litiskontestation vollzogen wurde, also nicht durch vorherige Vereinbarung (l. 18 D. 2, 1), auch nicht durch irrtümliche Einlassung.[3] Es war also für diese Erstreckung (Verschiebung) der Zuständigkeit (Prorogation)[4] das reine Konsensprinzip maßgebend. Aber in der modernen Theorie und Praxis machte sich schon vom 16. Jahrhundert an die Ansicht geltend, daß die Tatsache der Einlassung die Einrede der Unzuständigkeit schlechthin präkludiere. Dem Irrtum der Parteien wurde keinerlei Bedeutung beigelegt. Mehrere neuere Prozeßordnungen[5] sanktionierten die Einlassung als schlechthin wirkenden Zuständigkeitsgrund und verwarfen auch die Befugnis des Gerichts, die Prorogation abzulehnen. So auch die ZPO.

II. Voraussetzungen der Prorogation.

1. Sie ist nur möglich bezüglich der erstinstanzlichen Prozeßgerichte (ZPO. § 38), nicht hinsichtlich der übrigen Geschäftsverteilung,[6] nur bezüglich der Frage, welches „Gericht" zuständig sein soll.[7])

2. Es darf nicht ein anderes Gericht ausschließlich zuständig sein.[8])

3. Die Vorschriften der ZPO. beziehen sich nur auf das Verhältnis der ordentlichen Zivilgerichte, nicht auf die Abgrenzung von Rechtsweg und Verwaltungsweg, nicht auf das Verhältnis der ordentlichen zu den besonderen Gerichten.

---

gegens. Verhältnis der §§ 38f. und 247 ZPO. (1881), ZZP. 5 124f., 7 473f., Arch. f. ziv. Pr. 66 22f., v. Amsberg, Arch. f. ziv. Pr. 65 59f., Kohler, bei Gruchot 30 481f., 31 276, 481, Arch. f. ziv. Pr. 70, 212 (auch in Ges. Beitr.). Deybeck, Gerichtsst. der Vereinbarung (1888), Adam, Die zivilproz. Zuständigkeitsvereinbarung (1888), Krauß, Vereinbarung (1888), Sperl, Vereinbarung der Zuständigkeit nach Österr. ZivPrR. (1897), darüber Trutter, ZZP. 24 273f.

[2]) Eine Übersicht gibt Wach, Arch. f. ziv. Pr. 62 374f. und Adam (Note 1).

[3]) Vgl. l. 15 D. 2, 1 (Si per errorem alius pro alio praetor fuit aditus, nihil valebit, quod actum est), l. 2 pr. D. 5, 1 (error non habet consensum).

[4]) Der Ausdruck prorogatio iurisdictionis (forum prorogatum) wird zuerst im kanonischen Recht gebraucht.

[5]) So schon Pr. Allg. GO. I, 2 § 160, ferner die PO. v. Hannover, Oldenburg, Baden, Württemberg, Bayern.

[6]) Funktionelle Zuständigkeit (s. o. § 95; über das Zusammentreffen der sachlichen Zuständigkeitsgrenzen mit ihrer funktionellen Begrenzung o. § 97 III 2, 3).

[7]) Nicht: welche Abteilung entscheiden soll, insbesondere ob die Zivil- oder Handelskammer tätig werden soll (o. § 97 V, 2). [8]) Darüber näher o. S. 178.

Hier kommt die Begrenzung der Gerichtsbarkeit in Frage. Bezüglich der Sachen, die vor die Gewerbe- und Kaufmannsgerichte gehören, ist es ausdrücklich bestimmt, daß ihre Zuständigkeit die der ordentlichen Gerichte ausschließt.[9]) Daß die Prorogation an jene besonderen Gerichte nichtig ist, ergibt sich aus dem Mangel der Gerichtsbarkeit.[10])

Ein solcher liegt auch bei den von der inländischen Gerichtsbarkeit befreiten Exterritorialen vor. Nicht nur der § 39, sondern auch der § 38 ist hier unanwendbar.[11])

Ob die Voraussetzungen der Prorogation (1—3) vorliegen, ist stets von Amts wegen zu prüfen.

III. Die Vereinbarung über die Zuständigkeit (§ 38 ZPO.).

1. Der Tatbestand und die Erfordernisse.

a) Da die Zuständigkeit sich immer nur auf die Zukunft richtet, so kann auch die Vereinbarung als Grund der Zuständigkeit nur den Inhalt haben, daß das von den Parteien bezeichnete Gericht den Streit entscheiden, daß es für diesen zuständig werden soll. Dies tritt in reiner Gestalt hervor, wenn die Vereinbarung in Beziehung auf den zu beginnenden Prozeß geschlossen wird. Ist dieser schon anhängig, so kann die Vereinbarung das Gericht nicht für die Vergangenheit zuständig machen, sondern nur bewirken, daß der Mangel der Zuständigkeit geheilt wird.[12]) Die Wirkung der Vereinbarung ist also in diesem Falle von zwiefacher Art.

Wird sie vor dem Prozeß geschlossen, so ist sie nichtig, wenn sie sich nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis (z. B. auf dieses Miet- oder Gesellschaftsverhältnis, auf diesen Kauf) und die aus ihm entspringenden Streitigkeiten bezieht (§ 40 I). Nach heutigem Recht brauchen diese noch nicht vorhanden zu sein. Die Vereinbarung wirkt auch für die nur mögliche Streitigkeit aus diesem Rechtsverhältnisse.

b) Die Parteien und nur sie haben die Vereinbarung zu schließen. Zustimmung des Gerichts ist nicht erforderlich und nicht genügend. Eine bloß an das Gericht gerichtete Erklärung kann niemals den Tatbestand der Vereinbarung herstellen.[13])

Begriffsmäßig nötig sind die übereinstimmenden und in Beziehung aufeinander abgegebenen Erklärungen beider Parteien 1. des Inhalts, das Gericht solle zuständig werden,[14]) und 2. gerichtet an die andere Partei.

---

[9]) GGG. § 6 I, KGG. § 6.

[10]) Eine andere Frage liegt vor, wenn die Parteien das besondere Gericht oder eine andere Behörde als Schiedsgericht vereinbart haben. Dann entscheiden die Grundsätze über das Schiedsverfahren, vgl. nam. § 1031 (Verweigerung der Übernahme, der es gleichsteht, wenn die Übernahme gesetzlich verboten ist). Ebenso übrigens, wenn vereinbart wird, daß eine höhere Instanz (etwa das Reichsgericht) entscheiden soll.

[11]) Vgl. näher o. Bd. 1 § 18 III.

[12]) Vgl. näher o. S. 177.

[13]) Darin liegt der wesentliche Unterschied von dem Tatbestand des § 39 (u. IV).

[14]) Vereinbarung des Erfüllungsorts wirkt einen Gerichtsstand (also örtliche, niemals sachliche Zuständigkeit), ist aber etwas ganz anderes als unsere Vereinbarung

Wie jeder Vertrag,[15]) so kann auch die Zuständigkeitsvereinbarung nicht nur durch gesonderte Erklärungen an den anderen Vertragsteil (Antrag und Annahme), sondern auch so zustande kommen, daß beide Parteien sich dem zuvor formulierten Vertragsinhalt unterwerfen. Dieser enthält kein Versprechen einer Leistung, sondern die Vereinbarung, daß der prozessuale Rechtszustand der Zuständigkeit vorhanden sein soll.[16])

Die Vereinbarung bedarf keiner Form. Sie kann, wie das Gesetz besonders hervorhebt, auch stillschweigend geschlossen werden. Immer aber ist der oben bezeichnete Parteiwille und eine Handlung erforderlich, in der er sich der anderen Partei gegenüber äußert.[17]) Von einem Antrag zur Vereinbarung kann deshalb heute wie in Rom[18]) keine Rede sein, wenn der Kläger in dem Glauben, das Gericht sei bereits zuständig, bei ihm geklagt hat, ebenso nicht von einer Annahme eines Antrags, wenn der Beklagte sich in diesem Glauben auf die Klage einläßt. Errantis nulla voluntas est.

c) Die Vereinbarung setzt als Prozeßhandlung Prozeßfähigkeit beider Kontrahenten voraus. Fehlt sie, so ist die Vereinbarung auch dann unwirksam, wenn der Hauptvertrag gültig sein sollte.[19]) Ein Vertreter handelt gültig nur, wenn ihm die Vertretungsmacht auch für den Prozeß zusteht oder speziell für die Vereinbarung eingeräumt ist. Gültige Genehmigung heilt den Mangel der Vertretungsmacht und der Prozeßunfähigkeit.

d) Die Vereinbarung setzt nicht voraus, daß das Rechtsverhältnis, worüber entschieden werden soll, besteht, also auch nicht die Gültigkeit des privatrechtlichen Vertrags, der für jenes Rechtsverhältnis den Entstehungsgrund bildet. Wird aber die Vereinbarung gleichzeitig mit diesem getroffen, so ist sie mit ihm unwirksam, falls sie einen Bestandteil des Vertrags bildet. Dies ist im Zweifel[20]) anzunehmen, wenn sie zusammen (bei schriftlicher

---

Erstere ist privatrechtlich (mit sekundärer prozessualer Folge), letztere rein prozeßrechtlich. Sie können in Verbindung miteinander vorkommen. — Statutarische Festsetzungen des Gerichtsstandes sind in § 17 III ZPO. zugelassen (vgl. RG. in Seuff. Arch. 45 Nr. 273). Sie gehören nicht hierher, weil die Kraft des Status nicht auf Vertrag beruht. Vgl. o. § 88 S. 138.

[15]) Die ZPO. stellt keine Vorschriften über die prozeßrechtlichen Verträge auf. Die Vorschriften des BGB. sind nicht direkt maßgebend. Man wird aber in ihnen den Niederschlag der heutigen Rechtsanschauung über den Vertragsschluß finden dürfen.

[16]) Die Analogie ist also nicht der obligatorische, sondern der dingliche, familienrechtliche und erbrechtliche Vertrag.

[17]) So z. B. indem eine auch die Vereinbarung enthaltende Verkaufsofferte stillschweigend angenommen wird oder indem der Beklagte (im Prozesse) auf das Ersuchen des Klägers, die Unzuständigkeit nicht zu rügen, sich auf die Verhandlung einläßt (nicht nötig wäre es hier, daß er zur Hauptsache verhandelt) oder indem der Beklagte die Bitte um Vertagung der Verhandlung stellt, weil er über den Sachverhalt noch Erkundigungen einziehen müsse.

[18]) Vgl. o. Note 3. Für das römische Recht ergab sich daraus im Falle des Textes die Fortdauer der Unzuständigkeit. Ganz anders heute (IV).

[19]) So z. B. wenn der Minderjährige mit Zustimmung seines Vormunds sich einen Anzug bestellt, aber ohne diese dabei prorogiert.

[20]) Also dann nicht, wenn die Vereinbarung sagt: Sollten Streitigkeiten über

Abfassung: in einer Urkunde) getroffen werden und zwar auch dann, wenn die Nichtigkeit des Hauptvertrags auf einem Formmangel beruht. Die Zuständigkeitsvereinbarung verliert sonach ihre Kraft dadurch, daß der Hauptvertrag durch Anfechtung vernichtet wird.[21]) Dagegen sind auf die selbständig wirkende Vereinbarung nicht etwa die Grundsätze über die Anfechtung zivilrechtlicher Geschäfte anzuwenden.

e) Die vor dem Prozeßbeginn geschlossene Vereinbarung kann entweder den Sinn haben, daß das bezeichnete Gericht neben dem nach dem vom Gesetz berufenen Gericht zuständig sein soll (so daß der Klagende die Wahl hat), oder daß es allein zuständig sein soll. Diese Vereinbarung ist zulässig,[22]) ebenso also auch der Vertrag, der bestimmt, daß eines von mehreren nach dem Gesetz örtlich zuständigen Gerichten allein zuständig sein soll.[23]) Die Wirkung ist lediglich, daß der bei einem anderen (zuständigen) Gericht belangte Gegner dessen Entscheidung ablehnen kann, aber auch unbedingt ablehnen muß, wenn die Vereinbarung beachtet werden soll.[24])

In welchem Sinne die Vereinbarung gemeint ist, ist Auslegungsfrage.[25]) Wer die Ausschließlichkeit behauptet, hat die Beweislast.

f) Die Prorogation auf ein ausländisches Gericht ist durch das deutsche Recht nicht verboten. Sie hat für das Inland Bedeutung insofern, als die Vereinbarung unsere Gerichte ausschließen und bewirken soll, daß diese an die rechtskräftige Entscheidung des ausländischen Gerichts gebunden werden. Sonach ist sie nur dann wirksam,

α) wenn das ausländische Gesetz sie als Zuständigkeitsgrund anerkennt, und

β) wenn es nach deutschem Gesetz möglich ist, daß ein von dem aus-

---

die Gültigkeit dieses Vertrags entstehen, so soll das Gericht entscheiden. — In den Fällen des Textes kann die Zuständigkeit nicht ohne Eingehen auf die Gültigkeit des Hauptvertrags geprüft werden, vgl. o. S. 180. Die Frage ist dieselbe wie beim Schiedsvertrag (neuere Judikatur: RG. 56 S. 21, 58 S. 155).

[21]) Diese Vernichtung ist natürlich bedeutungslos, wenn die Zuständigkeit bereits aus einem anderen Grunde (IV) eingetreten ist. Hat eine der Parteien die Klage erhoben, so kann ihr selbst (dem Kläger) die Anfechtung niemals nützen (Note 50).

[22]) Das beweist schlagend der § 89 des RGes. vom 12./5. 1901 über die privaten Versicherungsunternehmungen, denen es, wenn sie ausländische sind, aus besonderen Gründen verboten wird, den Gerichtsstand der Niederlassung (§ 86 II Nr. 3) „vertragsmäßig auszuschließen".

[23]) So auch RG. in Seuff. Arch. 49 Nr. 260, vgl. auch 45 Nr. 273.

[24]) Die verabredete „ausschließliche" Zuständigkeit hat ganz andere Bedeutung, wie die gesetzliche. Die anderen Gerichte werden nicht unzuständig. (Wichtig für den Fall der Versäumnis.) — Was in §§ 39, 274 I bestimmt ist (IV, 2, 3), muß um so mehr für unseren Fall Geltung haben.

[25]) Das ist die in Literatur und Judikatur durchaus herrschende Ansicht. Es gibt keine Vermutung für das eine oder das andere. Die Auslegung kann nicht zweifelhaft sein, wenn verabredet ist, daß eine der Parteien bei dem bezeichneten Gericht „klagen kann", oder aber, daß etwaige Streitigkeiten „von dem Landgericht zu A zu entscheiden sind". Zweifelhaft bleibt der Sinn der Vereinbarung, wenn es heißt: Zuständig für den Rechtsstreit soll das Gericht zu A sein (vgl. z. B. RG. in JWSchr. 1903 S. 46 Nr. 5).

ländischen Gericht zu fällendes Urteil im Inlande wirken kann. Ist dies von vornherein ausgeschlossen (z. B. wegen Mangels der Gegenseitigkeit), so kann die Vereinbarung der Klage bei einem (zuständigen) inländischen Gericht nicht entgegengehalten werden. Denn sonst würde sie für uns nichts anderes bedeuten, als einen reinen Verzicht auf den inländischen Rechtsschutz. Dieser Verzicht aber ist nichtig.[26])

Niemals vermag die Vereinbarung zu verhindern, daß vor deutschen Gerichten auf Vollstreckungsurteil (ZPO. § 722) geklagt werden kann.

g) Die Vereinbarung kann sich entweder nur auf den durch diese Klage eingeleiteten Rechtsstreit beziehen, oder schlechthin auf Prozesse über die bestimmte Rechtsangelegenheit. Im ersten Fall wird sie gegenstandslos, wenn die Prozeßabweisung (aus einem anderen Grunde) erfolgt oder wenn die Klage als unzulässig (zurzeit) abgewiesen wird.

2. Die Wirkung der Vereinbarung ist die Zuständigkeit des bezeichneten Gerichts für die bezeichneten Streitigkeiten in dem Umfange der Vereinbarung und die Heilung alles dessen, was von oder vor dem unzuständigen Gerichte bereits geschehen ist. Die Vereinbarung berechtigt und bindet die Parteien und ihre Rechtsnachfolger, die an ihre Stelle oder neben sie in das streitige Rechtsverhältnis sukzedieren, also auch den Zessionar,[27]) den Schuldübernehmer (BGB. § 417), den Nachfolger in das Mietverhältnis in Fällen der §§ 571, 1056, 1423 BGB. Handelt es sich um den Nachfolger in ein dingliches Rechtsverhältnis, so berührt diesen die Vereinbarung, welche über einen über dieses zu beginnenden Streit getroffen ist, nicht.[28]) Tritt die Rechtsnachfolge nach dem Prozeßbeginn ein, so entscheiden die Grundsätze der §§ 265/6 ZPO. (Band 1 § 52).

Die Parteien können die Vereinbarung durch neuen Vertrag aufheben oder ändern. Ist die Klage erhoben, so hat die Aufhebung auf den eingeleiteten Prozeß keine Wirksamkeit.[29])

Wie gegenüber dem Rechtsnachfolger in das abzuurteilende Rechtsverhältnis, so bleibt die Vereinbarung auch wirksam, wenn die Vermögensmasse, zu der es gehört, unter selbständige Verwaltung tritt[30]) oder wenn das Vermögen nach Beendigung einer solchen wieder in die Verwaltung seines

---

[26]) Vgl. o. Bd. 1 § 26 i. A.

[27]) Auch den Indossanten eines Wechsels, falls die Klausel dem Indossatar bekannt war oder in den Wechsel aufgenommen ist (RG. in JWSchr. 1903 S. 46 [5]).

[28]) Ebensowenig, wie sonstige den Inhalt des dinglichen Rechts nicht berührende Vereinbarungen. Eintragungsfähig ist unsere Vereinbarung nicht. Eine Sondervorschrift nach Art des § 799 ZPO. fehlt.

[29]) Arg. § 263 II Nr. 2. Wach I 510 stellt auf die Litiskontestation ab, übersieht aber wohl die zitierte Bestimmung.

[30]) So z. B. wenn der Konkurs eröffnet wird (jedoch hat die Vereinbarung keine Wirkung, soweit es sich um Feststellungsprozesse über Konkursforderungen handelt, arg. KO. § 146 I [„ausschließlich"]) oder wenn nach dem Tode des Kontrahenten ein Testamentsvollstrecker die Verwaltung hat. S. Note 34.

Subjekts zurückkehrt.[31]) Die Vereinbarung des Vorerben bindet den Nacherben nur, soweit es sich um Prozesse handelt, bezüglich deren der Vorerbe das unbeschränkte Prozeßführungsrecht hat.[32]) Die Vereinbarung des Ehemanns bindet bei Gütergemeinschaft die Frau nicht, soweit sie neben dem Manne verklagt wird,[33]) wohl aber, wenn die Klage angestellt wird, nachdem das (ausschließliche) Verwaltungsrecht des Mannes aufgehoben ist und beiden Ehegatten zusammen zusteht (BGB. § 1472). Bei dem gesetzlichen Güterstande bindet die Vereinbarung, die von der Ehefrau vor der Eheschließung getroffen ist, auch den Mann, wenn er über die Rechte der Frau prozessiert (BGB. § 1380) und wohl auch in dem Falle, daß er wegen der Eheguts-schuld auf „Duldung der Zwangsvollstreckung" (ZPO. § 739) verklagt wird. Vereinbarungen, die der Ehemann trifft, sind der Frau gegenüber insoweit wirksam, als der Mann ihr gegenüber das vollwirksame Prozeßführungsrecht hat.[34])

3. Ist der Beklagte säumig, so gilt die tatsächliche Behauptung des Klägers über den Abschluß der Vereinbarung als zugestanden.[35])

IV. Das der Vereinbarung gleichgestellte Verhalten (§ 39).

1. Als Tatbestand ist erforderlich und genügend

a) auf seiten des Klägers: Erhebung der Klage vor dem unzuständigen Gerichte. Damit eröffnet er die Möglichkeit, daß ohne und gegen seinen Willen die Zuständigkeit eintreten kann.[35a]) Damit sie nach § 39 wirklich eintritt, ist weiter erforderlich

b) auf seiten des Beklagten: seine mündliche Verhandlung zur Hauptsache, ohne daß er „die Unzuständigkeit geltend macht", d. h. ohne daß er wegen dieser in erster Linie die Prozeßabweisung beantragt.[36])

---

[31]) Vgl. o. Bd. 1 § 46 II, 4. [32]) ZPO. § 242.

[33]) Wie überhaupt nicht die Mitberechtigten und Mitverpflichteten (z. B. nicht die Bürgen, nicht die nach § 128 HGB. für die Schulden der Gesellschaft haftenden Gesellschafter). Diese müssen sämtlich die Vereinbarung treffen, wenn sie auf Grund derselben vor dem an sich unzuständigen Gerichte als Streitgenossen belangt werden sollen. (Die Folgen der Unzuständigkeit gegenüber einem von ihnen sind verschieden, je nachdem sie auch einzeln oder nur zusammen belangbar sind.) — Nebenintervenienten sind insofern gebunden, als sie überhaupt nur bei dem Gericht intervenieren können, bei dem der Streit anhängig ist (§ 67). Gegen die Anwendung der §§ 68, 74 kann ein Einwand nicht daraus abgeleitet werden, daß durch Vereinbarung ein an sich unzuständiges (inländisches) Gericht zum Prozeßgericht gemacht wurde.

[34]) Die im Text getroffenen Entscheidungen von einzelnen Fällen finden ihre tiefere Begründung darin, daß bei dem Übergang und der Rückkehr des Verwaltungsrechts der Gesichtspunkt der Rechtsnachfolge anzuwenden ist. Vgl. die zutreffenden Entscheidungen vom RG. 53 S. 10 und dazu u. § 115. Bezüglich des Eintritts in die Schuldenhaftung vgl. o. § 41, bes. unter III, auch § 42.

[35]) Vgl. näher o. § 94 S. 179 f.

[35a]) Nicht etwa stellt er damit dem Beklagten eine unwiderrufliche Offerte zu der Zuständigkeitsvereinbarung.

[36]) Der § 39 findet also nicht Anwendung, wenn er dies tut, aber „eventuell" (d. h. für den Fall, daß der Antrag nicht für begründet erachtet werden sollte) zur

Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes genügt es nicht, daß die Rüge unterbleibt; das Gesetz verlangt mehr; die Verhandlung zur Hauptsache muß damit zusammentreffen. Sonach darf, wenn der Beklagte vor dem unzuständigen Gerichte nicht erscheint, nicht etwa ein Versäumnisurteil ergehen.[37]) — Ebenso liegt der in § 39 vorausgesetzte Tatbestand nicht vor, wenn der Beklagte andere Rechtsbehelfe vorbringt, ohne zur Hauptsache zu verhandeln.[38])

Tut er dies aber, ohne prinzipaliter wegen Unzuständigkeit die Prozeßabweisung zu beantragen, so tritt die Folge des § 39 auch dann ein, wenn er den Prorogationswillen nicht hat, namentlich dann, wenn er von der Unzuständigkeit gar keine Kenntnis gehabt hat, ja auch dann, wenn die Verhandlung in Abwesenheit des Klägers stattfindet, so daß also von einer an diesen gerichteten und eine Vereinbarung mit ihm herstellenden Erklärung gar nicht die Rede sein kann.[39])

„Zur Hauptsache verhandelt" der Beklagte, wenn er über den Prozeßgegenstand verhandelt, also vor Gericht mündliche Erklärungen[40]) über das abzuurteilende Rechtsverhältnis abgibt. Er verhandelt nicht zur Hauptsache, wenn seine Erklärung sich nicht auf den Prozeßgegenstand, also die materielle Begründung der Klage bezieht, sondern Ablehnungs- oder Vertagungsgesuche oder rein prozessuale Verteidigungsmittel enthält, also den Mangel von Prozeß- oder prozessualen Klagvoraussetzungen geltend macht; demnach fehlt die Verhandlung zur Hauptsache, wenn er eine sog. prozeßhindernde Einrede (§ 274 II Nr. 1—6) vorbringt, aber auch dann, wenn er die Ordnungswidrigkeit der Klagerhebung, insbesondere die Unzulässigkeit der Prozeßart rügt oder wenn er das Fehlen des Prozeßführungsrechts[41]) oder des Rechtsschutzinteresses (§§ 256/9) geltend macht.

Hauptsache verhandelt. Der bloße Vorbehalt, die Zuständigkeit später eventuell noch geltend machen zu wollen, nützt dem Beklagten nichts.

[37]) Von den Hauptvertretern der entgegengesetzten Ansicht (Wach, Arch. 62 382, Fitting, Arch. 63 231 und im Lehrb. bis zur 9. Aufl., Löning, ZZP. 4 178) haben Wach I 505 und Fitting (11) § 16 II ihre frühere Meinung aufgegeben. Das im Text Gesagte ist jetzt durchaus die herrschende Meinung (so auch RG. 1 S. 438, 2 S. 409). Der vor dem sachlich unzuständigen Landgericht belangte Beklagte ist also nicht genötigt, sich einen Anwalt zu nehmen, um die Prozeßabweisung zu erreichen. Anders, wenn der Kläger wahrheitswidrig Tatsachen behauptet hat, aus denen die Zuständigkeit folgt. Vgl. o. § 94 S. 180.

[38]) Hierauf ist unten S. 283 nochmals zurückzukommen.

[39]) Vgl. o. unter III 1, b (S. 276/7).

[40]) Ein dem Kläger zugestellter Schriftsatz kommt für § 39 nicht in Betracht. Aber er kann die an jenen gerichtete (ausdrückliche oder stillschweigende) Annahme seines Antrags der Vereinbarung über die Zuständigkeit enthalten (§ 38). Ob er sie enthält ist Tatfrage. Es ist nicht der Fall, wenn der Beklagte nur ankündigt, was er in der Verhandlung vorbringen will.

[41]) Z. B. wenn er rügt, daß die klagende Partei Ehefrau (BGB. § 1400 II) sei oder als Gesamthänder nur mit den anderen Genossen zusammen klagen könne oder daß er (der Beklagte) die Erbschaft noch nicht angenommen habe und deshalb nicht verklagt werden könne (BGB. § 1958). Der Umstand, daß hier schon von dem abzuurteilenden Rechte die Rede sein muß, um über die prozessuale Vorfrage ver-

Der Begriff der *Hauptsache*[42]) ist in dem Gesetz ein wechselnder — je nach dem Gegensatz, in dem der Begriff gebraucht wird. In § 39 ist er derselbe wie in §§ 76 I, 271 I, 274, 504 I, 708 Nr. 3. In § 345 steht Hauptsache im Gegensatz zur Zulässigkeit des Einspruchs, in § 239 IV im Gegensatz zur behaupteten Rechtsnachfolge (die im Sinne unseres § 39 zur Hauptsache gehört), in 249 II im Gegensatz zu dem Aufnahmegesuch, in §§ 76 III, 99 II, 628 im Gegensatz zu den Prozeßkosten, in §§ 919, 926, 943 im Gegensatz zum Arrestverfahren. Verschieden von der Hauptsache ist die „Sache“ im § 106 GVG. (o. § 97 Note 49).

2. *Die Folge* der unbedingten Verhandlung zur Hauptsache bestimmt das Gesetz durch die Vorschrift, es sei „stillschweigende Vereinbarung anzunehmen“.

a) Damit wird nicht eine Vermutung dafür aufgestellt, daß durch das Verhandeln eine Vereinbarung abgeschlossen sei. Eine solche Präsumtion wäre sinnlos, da der Tatbestand des § 39 ein anderer ist, als der in § 38 geregelte. Läge sie aber wirklich in § 39, so müßte nach der unzweideutigen Vorschrift des § 292 der Gegenbeweis zulässig sein, da er nicht ausgeschlossen ist.[43]) Vielmehr gibt das Gesetz in der beliebten und für die Gesetzestechnik bequemen Form[44]) der Fiktion die Bestimmung, daß dieselbe Rechts*folge* eintreten soll, *als wenn* eine Vereinbarung geschlossen wäre. Das Gesetz schafft in Anerkennung der über das römische Recht hinausgehenden Rechtsentwicklung einen *zweiten* Grund für die Verschiebung der Zuständigkeit.[45]) Der § 38 sanktioniert den Willen der Parteien; der Zuständigkeitsgrund des § 39 aber ist *nicht* der Wille der Parteien, sondern lediglich die Tatsache, daß das Gericht bedingungslos mit der Verhandlung zur Hauptsache befaßt worden ist, und der Umstand, daß das *öffentliche* Interesse es verbietet, die Gerichtstätigkeit dann wieder unnütz werden zu lassen.[46])

b) Die Rechtsfolge ist in *allen* Beziehungen der der Vereinbarung gleich. Die Zuständigkeit ist also *definitiv* und *unwiderruflich* ein-

---

handeln zu können, macht die Verhandlung hier wie sonst — vgl. z. B. o. § 94 S. 180, — noch nicht zur Verhandlung zur Hauptsache. Dagegen ist diese begonnen, wenn der Beklagte vorbringt, er selbst sei nicht das passive oder der Kläger sei nicht das aktive Subjekt des abzuurteilenden Rechtsverhältnisses (Mangel der Sachlegitimation in dem engeren Sinne, in dem in diesem Buche dieser Begriff verstanden wird).

[42]) Außer den Kommentaren zu § 39 und § 331 ist zu vergleichen Wach I 292 [10].

[43]) Trotzdem wird eine *unwiderlegliche* Vermutung von den meisten angenommen, so auch von Wach I 504, aber m. E. in Widerspruch mit S. 505. Denn wenn es wahr ist, daß „das Gesetz in *bewußtem*, durch die Fiktionsform (!) deutlich ausgesprochenen Widerspruch mit den Tatsachen diesen Vorgang dem Begriff der ‚stillschweigenden Vereinbarung‘ unterstelle“ (Wach 505), so kann eine Vermutung nicht vorliegen. Dagegen neuestens Hedemann, Vermutung 210 f. — Die Fiktion macht nicht die Tatbestände gleich; sie sagt nicht, daß der Richter in dem einen den anderen „*finden*“, „*sehen*“ soll, sondern macht ihn nachdrücklichst auf die Verschiedenheit der *Tatbestände* aufmerksam (vgl. z. B. § 333). Vgl. auch o. S. 148.

[44]) Sie gestattet dem Gesetz, nun nur von Vereinbarung zu sprechen (z. B. § 40).

[45]) So mit Recht z. B. Seuffert, Erl. 1 zu § 39 u. a.

[46]) Darauf ist schon öfters hingewiesen (S. 275). Vgl. auch o. § 94 S. 177.

getreten, wie sie es wäre, wenn eine Vereinbarung stattgefunden hätte. Deshalb

α) bleibt das Gericht auch dann zuständig, wenn die Zuständigkeit dadurch, daß der Beklagte gegen den nicht erschienenen Kläger ein Versäumnisurteil beantragte (§ 330), eingetreten ist, der Kläger aber Einspruch erhebt.[47])

β) Der § 39 ZPO. hat selbständige Bedeutung neben dem § 274. Von einer Nachholung der Einrede der Unzuständigkeit kann nicht die Rede sein, wenn das Gericht zuständig geworden ist, also auch dann nicht, wenn der Beklagte glaubhaft machen kann, daß er ohne sein Verschulden zur Hauptsache verhandelte, indem er ohne Verschulden das Gericht für zuständig hielt.[48])

3. Der § 274 hat für das Vorhandensein der Zuständigkeit nur insofern Bedeutung, als er, über § 39 hinausgehend, im landgerichtlichen Verfahren den Beklagten nötigt, die Unzuständigkeit sogar vor der Verhandlung zur Hauptsache gleichzeitig geltend zu machen, wenn er andere prozeßhindernde Einreden (§ 274 II) vorbringt. Hat er nur dieses Gebot der Gleichzeitigkeit verfolgt, aber noch nicht zur Hauptsache verhandelt (§ 39), so kann er die Rüge der Unzuständigkeit mit Erfolg nachholen, wenn es ihm gelingt, den Mangel des Verschuldens glaubhaft zu machen. Andernfalls ist seine Einrede präkludiert.[49])

Stets geht sie, wo Vereinbarung zulässig wäre, durch Verzicht des Beklagten unter. Der Kläger kann diesen und damit das Eintreten der Zuständigkeit nicht verhindern.[50])

V. Ist das Gericht für die Klage über einen prinzipalen Anspruch zuständig geworden, so erstreckt sich seine Zuständigkeit auch auf die Zusatz- oder Ersatzklage, deren Erhebung nach positiver Vorschrift (§ 268 Nr. 2, 3) nicht als Klagänderung angesehen werden soll.[51])

---

[47]) A. M. wegen der in § 342 enthaltenen Fiktion Seuffert, Erl. 1 Abs. 1 zu § 39, aber auch überzeugte Anhänger der Präsumtions- und Vereinbarungstheorie (so Gaupp-Stein, Erl. II zu § 39), obwohl doch gewiß eine Vereinbarung durch die Fiktion des § 342 nicht hinfällig werden könnte.

[48]) Nachholung nach § 274 III wird vielfach angenommen. Wie hier von den in Note 1 zitierten Schriftstellern: Wach I 505/7[44], Bülow, Arch. 62 42, Kohler, Arch. 70 220, Petersen, Gaupp-Stein, Seuffert zu § 274.

[49]) Nachholung wird hier sogar von solchen Schriftstellern gestattet, die sie im Falle der Note 48 versagen. Vgl. o. § 94[33].

[50]) Hierüber und über andere Gründe für die Heilung des durch die Unzuständigkeit herbeigeführten Mangels ist bereits in § 94, S. 182 gehandelt.

[51]) Über die Zusatzklage (Inzidentfeststellungsklage) s. ZPO. § 280 und o. § 104 S. 267 f.

§ 107.

6. Die Rechtshilfe.[1])

I. Die Zuständigkeit für einen Prozeß bedeutet die Zuständigkeit für alle zu seiner Erledigung erforderlichen Amtshandlungen. Obwohl die deutschen Gerichte mit Ausnahme des Reichsgerichts Organe der Bundesstaaten sind, so ist doch die Zulässigkeit und Wirksamkeit dieser Handlungen (Befehle an die Parteien oder an Zeugen oder sonstige Dritte, Rechtskraft, Vollstreckbarkeit, Vollstreckungsakte) nicht davon abhängig, daß die beteiligten Personen oder Gegenstände dem Staate angehören, dessen Organ das Gericht ist.[2]) Aber aus einem anderen Grunde ergibt sich eine Beschränkung des Gerichts in der Vornahme von Amtshandlungen und damit die Notwendigkeit, die „Rechtshilfe" in Anspruch zu nehmen. Die Gerichtsgewalt ist so auf den Gerichtssprengel beschränkt, daß das Gericht Amtshandlungen nicht vornehmen kann, wenn das Ausland in Frage kommt, und — auch innerhalb des Staates des Gerichts — nicht vornehmen darf, wenn der Ort der Vornahme (Ort der Zwangsbereitschaft) außerhalb des Sprengels[3]) liegt. Im letzten Falle gestattet das Gesetz (GVG. § 167) eine Ausnahme,

1. wenn das Amtsgericht der Zwangsbereitschaft seine Zustimmung gegeben hat,

2. oder wenn Gefahr im Verzuge obwaltet. Im letzten Falle soll dem Amtsgericht, in dessen Bezirk der fremde Richter tätig wurde, eine Anzeige über die vorgenommene Handlung erstattet werden.

II. Die Rechtshilfe zwischen den ordentlichen Gerichten regelt das GVG. (§§ 157—169) gemeinsam für den Zivil- und Strafprozeß. In unserer Darstellung bleiben die nur den letzteren betreffenden Vorschriften außer Betracht.

1. Die Rechtshilfe ist nur die Hilfe, die das Gericht der Zwangsbereitschaft dem Prozeßgericht deshalb leistet, weil diesem die Zwangsbereitschaft für die vorzunehmende Amtshandlung fehlt. Das Rechtshilfegericht handelt in Ausübung der ihm selbst zustehenden Gerichtsgewalt, nicht etwa in Vertretung (im Namen) des Prozeßgerichts,[4]) nicht als dessen Unterorgan, sondern nur auf Veranlassung des ersuchenden Gerichts, und zum Zwecke der Erledigung des fremden Prozesses.[5]) Diese Veranlassung

---

[1]) Planck I § 27, Wach I 515, Schmidt § 47, Weismann I § 14 b, Böhm, Handbuch des Rechtshilfeverfahrens (1886), 2. Aufl. von Delius (1905).

[2]) Vgl. näher o. Bd. 1 § 13, 2 b (S. 85).

[3]) Der Gerichtsbezirk des Reichsgerichts ist das ganze Inland.

[4]) So ist es bei dem beauftragten Richter, s. o. § 77 III, 2. A. M. Wach 1 516 („Vollmacht", „Vertreterstellung").

[5]) Darauf, daß die Amtshandlung des ersuchten Richters keine selbständige

(das „Ersuchen") bildet den Grund, aus dem das ersuchte Gericht seine Amtsgewalt gebraucht.

Gegenstand der Rechtshilfe ist nach Reichsrecht die außerhalb des Bezirks des Prozeßgerichts vorzunehmende Beweisaufnahme, die Parteivernehmung und der Sühneversuch.[6])

Zustellungen als Gegenstand der Rechtshilfe kommen im ordentlichen Zivilprozeß für das Inland nicht in Betracht. Zwar wird der Gerichtsvollzieher nur innerhalb seines Bezirkes tätig; aber er kann die Post ohne Rücksicht auf den Ort der Zustellung um ihre Ausführung ersuchen (ZPO. § 193 ff.), oder es kann der Gerichtsvollzieher des Ortes, an dem zugestellt werden soll, mit der Zustellung beauftragt werden.[7]) Auch die Ausführung von Vollstreckungsmaßregeln veranlaßt die Rechtshilfe nicht mehr. Die Partei wendet sich direkt an das Vollstreckungsorgan des Bezirks, in dem die Vollstreckungsmaßregel vorzunehmen ist.

2. Zur Gewährung der Rechtshilfe (1) sind die Gerichte verpflichtet; so auch dann, wenn sie verschiedenen Staaten angehören (GVG. § 157).

3. Das Ersuchen um Rechtshilfe ist stets an das Amtsgericht zu richten, in dessen Bezirk die Amtshandlung (1) vorgenommen werden soll (GVG. § 158).

a) Die Rechtshilfe darf niemals abgelehnt werden, wenn das Ersuchen von dem dem ersuchten Gericht vorgesetzten Landgericht oder dessen Oberlandesgericht oder vom Reichsgericht ausgeht (GVG. § 159 II).

b) Geht das Ersuchen nicht von einem im Instanzenzug vorgesetzten Gerichte aus, so ist es nur dann und stets dann abzulehnen,

α) wenn dem ersuchten Gericht die örtliche Zuständigkeit fehlt,[8]) oder

β) wenn die Handlung ihrer Art nach durch das Recht des ersuchten Richters verboten ist (GVG. § 159 II). Ob die Handlung zweckmäßig oder durch die konkrete Prozeßlage gerechtfertigt ist, hat der ersuchte Richter niemals zu prüfen; er darf also das Ersuchen auch nicht aus einem derartigen Grunde ablehnen.

Bedeutung hat, beruhen die Vorschriften der §§ 366, 398 II, 576 ZPO., die ebenso für den beauftragten Richter gelten.

[6]) ZPO. §§ 355, 619, 296. Ebenso ist der Gegenstand der Handlungen des beauftragten Richters. Die Mitteilung von Urkunden und die Erteilung von Auskünften fallen nicht unter den Begriff der Rechtshilfe (wichtig wegen GVG. §§ 159). GVG. § 169 spricht keineswegs nur von den Gerichten; er sagt nur anhangsweise, daß die Aktenmitteilung, wenn sie den öffentlichen Behörden gegenüber einem inländischen Gericht obliegt, dem Gericht eines anderen Bundesstaates nicht verweigert werden darf. So auch Rechtsspr. der OLG. 9 147 (Augsburg).

[7]) GVG. §§ 161/2. Das Gesetz macht keinen Unterschied zwischen der Zustellung im Parteibetrieb und der von Amts wegen erfolgenden Zustellung.

[8]) D. h. wenn die Handlung in einem anderen Amtsgerichtsbezirk vorgenommen werden soll, nicht etwa schon dann, wenn Zeugen aus einem anderen Gerichtsbezirk zu laden sind. Jedoch kann das Amtsgericht das Ersuchen weitergeben, wenn sich später die Umstände verändert haben (ZPO. § 365), so z. B. wenn der Zeuge inzwischen nach einem anderen Gerichtsbezirk verzogen ist.

4. Wird das Ersuchen ganz oder teilweise abgelehnt oder wird ihm gesetzwidrig (3 a. E.) stattgegeben, so können das ersuchende Gericht und die Beteiligten die Entscheidung des Oberlandesgerichts nachsuchen, zu dessen Bezirk das ersuchte Gericht gehört. Die Entscheidung ist in der Regel endgültig. Eine Anfechtung (durch „Beschwerde" an das Reichsgericht bzw. Oberste Landesgericht) ist nur statthaft, wenn 1. die Rechtshilfe für unzulässig erklärt ist und 2. das ersuchende und ersuchte Gericht verschiedenen Oberlandesgerichtsbezirken angehören. Die Entscheidungen erfolgen ohne vorgängige mündliche Verhandlung (GVG. § 160).

5. Die Verhängung von Ordnungsstrafen steht dem ersuchten Richter zu (GVG. § 182). Die Beschwerde (an das Oberlandesgericht) ist statthaft.

Über Streitigkeiten, von deren Erledigung die Fortsetzung der nachgesuchten Beweisaufnahme abhängt, entscheidet das Prozeßgericht selbst (§ 366). Gegen die Entscheidungen, die der ersuchte Richter getroffen hat, ist „Beschwerde" nicht statthaft. Vielmehr ist die Entscheidung des Prozeßgerichts nachzusuchen (§ 576).

III. Die Rechtshilfe zwischen den ordentlichen Gerichten und den Militärbehörden wird dann nötig, wenn eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörige Person des Soldatenstandes als Zeuge geladen oder zwangsweise vorgeführt werden soll (ZPO. §§ 378, 380 IV), ferner in den Fällen des § 790 (Zwangsvollstreckung) und des § 912 (Haft). Hier ist das Ersuchen an die Militärbehörde zu richten.[9])

Die Verpflichtung, ihm zu entsprechen, ist im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen.

IV. Die unter II dargestellten Grundsätze (GVG. §§ 157 f.) finden entsprechende Anwendung

1. gegenüber den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten (GewGG. § 61, KGG. § 16);

2. gegenüber den Konsulargerichten und den Gerichten der Schutzgebiete (KonsGerG. § 18, SchutzgebG. § 2);

3. gegenüber dem Patentamt (PatG. § 32), den Seeämtern (RGes. v. 27./7. 1897 § 20), dem Reichsversicherungsamt und den Schiedsgerichten;

4. in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, soweit es sich um die reichsgesetzlich den Gerichten übertragenen Angelegenheiten handelt.[10])

V. Gegenüber anderen als den unter IV, 1 bezeichneten besonderen Gerichten haben die ordentlichen Gerichte das Recht und die Pflicht der Rechtshilfe nach Maßgabe des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869.[11])

---

[9]) Vgl. EG. z. MilStPO. § 19.

[10]) FGG. § 2, der sich nur auf § 1 FGG. bezieht (RG. 55 S. 275, 57 S. 397, 58 Nr. 23). — Über die Tragweite der Sätze des Textes (1—4) vgl. o. Bd. 1 § 13 a. E.

[11]) Sein Verhältnis zu den Vorschriften des GVG. ist bereits in Bd. 1 § 13, 2b (S. 85/6) dargelegt.

VI. Die Rechtshilfe zwischen den deutschen Gerichten und dem Auslande.[12])

1. Kann die im Auslande vorzunehmende Amtshandlung von einem Reichskonsul vorgenommen werden, so ist dieser von dem Prozeßgericht (Vorsitzenden) zu ersuchen.[13])

2. Im übrigen muß die Hilfe der ausländischen Behörden nachgesucht werden. Hierüber und über die Gewährung der Rechtshilfe durch die deutschen Gerichte entscheiden die Staatsverträge, welche das Reich und — vor dem 1. Oktober 1879[14]) — einzelne Bundesstaaten geschlossen haben, und das Völkerrecht. Es ist allgemein anerkannter und geübter Grundsatz, daß die Gerichte sich Rechtshilfe gewähren, wenn die nachgesuchte Handlung nicht verboten ist und in der Zuständigkeit des ersuchten Gerichts liegt. Unter den Staatsverträgen ist die Haager Konvention vom 14. November 1896 von besonderer Bedeutung.[15])

§ 108.

IV. Öffentlichkeit. Sitzungspolizei.

I. Die Öffentlichkeit (GVG. §§ 170—176).[1])

Der (schriftliche) gemeine Prozeß war nicht öffentlich. Die neueren Prozeßordnungen, die das Prinzip der Mündlichkeit durchführten, haben auch ein öffentliches Verfahren. Nach Reichsrecht ist das Prozeßverfahren öffentlich, soweit es sich um die mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte (einschließlich der Verkündung der Beschlüsse und Urteile) handelt (GVG. § 170). Die Öffentlichkeit erstreckt sich nicht auf das schriftliche Verfahren und die Schriftstücke, die auf Grund der mündlichen Verhandlung entstehen,[2]) ferner nicht auf die Verhandlung vor dem beauftragten oder ersuchten Richter, endlich nicht auf die Beratung und Abstimmung (GVG. 195 I).

1. Das Gebot der Öffentlichkeit ist absoluter Rechtssatz. Nur in folgenden Ausnahmsfällen ist der Ausschluß der Öffentlichkeit[3]) gestattet:

---

[12]) Die Schutzgebiete zählen im Sinne unserer Lehre nicht zum Ausland, vgl. IV, 2. [13]) ZPO. §§ 199, 363 II, 791 II.

[14]) Vgl. o. Bd. 1 § 4[46].

[15]) Vgl. dazu o. Bd. 1 § 5 IV 1 (S. 32) und § 20 III (S. 139). Über Einzelheiten orientiert: Leske u. Löwenfeld, Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr (1887—1895). Vgl. auch Staudinger, Sammlung von Staatsverträgen des Deutschen Reichs über Gegenstände der Rechtspflege.

[1]) Planck 1 § 39, Schmidt § 63, Weismann I § 66, Kommentare zu GVG. §§ 170f.

[2]) Hier kommt nur die Akteneinsicht in Frage. Ohne Einwilligung der beiden Parteien kann sie nur solchen dritten Personen gestattet werden, die ein rechtliches Interesse (z. B. wegen ZPO. § 325f. oder im Hinblick auf §§ 66, 73 oder wegen eines Strafverfahrens) glaubhaft machen. Die Erlaubnis kann nur der Vorstand des Gerichts (nicht: der betr. Abteilung) gewähren (ZPO. § 299).

a) stets, wenn und soweit die Öffentlichkeit eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung, insbesondere der Staatssicherheit, oder eine Gefährdung der Sittlichkeit besorgen läßt (GVG. § 173);

b) in Ehesachen auch schon dann, wenn eine der Parteien es beantragt (GVG. § 176).

c) Das amtsgerichtliche Verfahren wegen Entmündigung oder Wiederaufhebung der Entmündigung ist stets nicht öffentlich. Ebenso findet in der auf Klage stattfindenden Verhandlung (ZPO. §§ 664, 679) die Vernehmung des wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche Entmündigten hinter verschlossenen Türen statt, während im übrigen (abgesehen von a) in dieser Verhandlung die Öffentlichkeit nur auf Antrag und nach Ermessen des Gerichts ausgeschlossen werden kann (GVG. § 172).

Die Verkündung des **Urteils** muß in jedem Falle öffentlich geschehen (GVG. § 174 I). Die Verkündung der Urteilsgründe ist im Zivilprozesse stets fakultativ (ZPO. § 311).

2. Die Ausschließung der Öffentlichkeit muß vom Gericht beschlossen werden. Der Beschluß ist öffentlich unter Angabe des Grundes zu verkünden. Die vorhergehende Verhandlung über die Ausschließung der Öffentlichkeit findet auf Antrag eines Beteiligten oder nach Ermessen des Gerichts in nicht öffentlicher Sitzung statt (GVG. § 175 I).

Ist die Öffentlichkeit wegen Gefährdung der Staatssicherheit ausgeschlossen, so kann das Gericht den anwesenden Personen das Schweigegebot auferlegen. Der Beschluß ist mit der Beschwerde anfechtbar; ihre Erhebung hat keine aufschiebende Wirkung.[4])

3. Das Protokoll über die Verhandlung muß angeben, ob öffentlich verhandelt wurde oder ob die Öffentlichkeit ausgeschlossen war (ZPO. § 145 II Nr. 5). Die Beobachtung dieser Förmlichkeit kann **nur** durch das Protokoll bewiesen werden (ZPO. § 164). Sind die Vorschriften über die Öffentlichkeit verletzt, so bildet dies stets einen Berufungs- und Revisionsgrund (ZPO. § 551 Nr. 6), aber keinen Grund für die Nichtigkeitsklage.

II. **Die Sitzungspolizei** (GVG. §§ 177—184).[5])

Man versteht darunter die Aufrechterhaltung der **äußeren** Ordnung in der Sitzung im Gegensatz zu der **sachlichen** Leitung der Verhandlung.

---

[3]) Trotzdem kann das **Gericht einzelnen** Personen den Zutritt zu der Verhandlung gestatten, und ohne weiteres haben die die Dienstaufsicht führenden Beamten der Justizverwaltung die Befugnis, der Verhandlung beizuwohnen. Umgekehrt kann der **Vorsitzende** (arg. GVG. §§ 177) einzelnen Personen aus **persönlichen** Gründen (unerwachsenes Alter, Mangel der bürgerlichen Ehrenrechte, Betrunkenheit u. dgl.) den Zutritt zu der öffentlichen Verhandlung versagen (GVG. § 176).

[4]) GVG. § 175 II (von der Novelle vom 5. April 1888 eingefügt, die auch den § 175 I umgestaltet hat).

[5]) Planck 123, 154, Wach I 314, Schmidt § 63 III, Weismann I § 67, Kleinfeller, Funktionen des Vorsitzenden 75 f., Kommentare zu GVG. §§ 177 f.

Erstere regelt das GVG. (gemeinsam für beide Prozesse); die Grundsätze über letztere sind für den Zivilprozeß in der ZPO. enthalten.[6])

1. Im allgemeinen liegt die Aufrechterhaltung der Ordnung dem Vorsitzenden ob. Soweit das Gesetz keine Ausnahmen gemacht hat (2), handelt der Vorsitzende in dieser Beziehung selbständig gegenüber dem Kollegium, und dieses kann seine Anordnungen auch nicht ändern. [7])

Der Vorsitzende hat die Befugnis, zum Zweck der Fernhaltung von Störungen, zu ihrer Unterdrückung und zur Verhütung ihrer Wiederholungen die erforderlichen Anordnungen zu treffen, soweit diese nicht den Charakter der dem Gerichte vorbehaltenen Bestrafung haben (2). Innerhalb dieser Schranke entscheidet der Vorsitzende nach freiem Ermessen über die zu treffenden Maßnahmen (Mahnung, Untersagung der Unterbrechung der Rede eines anderen, Befehle und Androhung der unter 2 zu besprechenden Strafen gegenüber den Personen, gegen die diese zulässig sind, Androhung ferner der Aufhebung der Sitzung, Unterbrechung der Sitzung und Vertagung der Verhandlung).[8])

Diese Befugnisse stehen dem Vorsitzenden gegenüber *jeder* bei der Verhandlung beteiligten Person (einschließlich Rechtsanwalt, Staatsanwalt, Richter) und gegenüber den Zuhörern zu. Denn das Gesetz (GVG. § 177) macht in *dieser* Beziehung keine Unterscheidung.

2. Die Zwangs- und Strafgewalt wegen Ungehorsam und Ungebühr steht nur dem Gericht (Kollegium) und dem beauftragten und ersuchten Richter (bei den von ihnen außerhalb der Hauptverhandlung vorzunehmenden Amtshandlungen) [9]) zu. Das Gesetz unterscheidet hier nach den in Betracht kommenden Personen.

a) *Ungehorsam.* — Parteien,[10]) Zeugen, Sachverständige oder bei der Verhandlung nicht beteiligte Personen, welche den zur Aufrechterhaltung der Ordnung erlassenen Befehlen (des Vorsitzenden) nicht gehorchen, können auf Beschluß des Gerichts aus dem Sitzungszimmer entfernt, auch zur Haft[11]) abgeführt und während einer im Beschlusse festzusetzenden Zeit (höchstens 24 Stunden) festgehalten werden (GVG. § 178). Andere als die genannten Personen unterliegen *diesen* Zwangsmaßregeln nicht.

Der Beschluß des Gerichts ist in diesem Falle unanfechtbar.[12]) Seine Vollstreckung hat der Vorsitzende unmittelbar zu veranlassen (GVG. § 181).

---

[6]) Vgl. dazu schon o. § 77 II (S. 70f.). Die Zurückweisung der sog. Winkeladvokaten zählt nicht zur Sitzungspolizei (ZPO. § 157, s. u. § 119).

[7]) Es ist also ganz anders als in Beziehung auf die Sachleitung (ZPO. § 140, s. o. § 77 [20]). [8]) So auch RG. 32 S 390. [9]) GVG. § 182.

[10]) Ebenso ihre Vertreter und Beistände, soweit sie nicht Rechtsanwälte sind. — Ist die Partei oder ihr allein erschienener Vertreter aus dem Sitzungszimmer entfernt, so finden nach ZPO. § 158 die §§ 330f. Anwendung.

[11]) Sie ist nicht Strafe, sondern Zwangsmittel gegenüber dem Ungehorsam.

[12]) Arg. GVG. § 183, der den Fall des § 178 nicht mit aufzählt.

b) Folgen der „Ungebühr".

Ungebühr ist jede grobe Verletzung der Ordnung (Lärm, Beleidigungen u. dgl.). Sie setzt nicht voraus, daß ein Verbot oder Gebot des Vorsitzenden vorausgegangen ist. Ihre Folgen sind verschieden.

α) Gegen Parteien,[13]) Zeugen, Sachverständige oder gegen eine bei der Verhandlung nicht beteiligte Person kann das Gericht wegen Ungebühr (in der Sitzung) eine Ordnungsstrafe bis zu 100 Mark oder bis zu drei Tagen Haft festsetzen und (nach Ermessen) sofort vollstrecken lassen (GVG. § 179). Die Strafe ist, wie das Gesetz sagt, nur Ordnungsstrafe. Eine Umwandlung der Geldstrafe in Freiheitsstrafe (StrGB. §§ 28,9) findet also nicht statt und die anderweite „strafgerichtliche Verfolgung" wird durch Verhängung der Ordnungsstrafe nicht ausgeschlossen.

Liegt in der Ungebühr zugleich ein Ungehorsam gegen einen zur Aufrechterhaltung der Ordnung erlassenen Befehl, so können zugleich die in § 178 vorgesehenen Zwangsmittel angewendet werden.

β) Gegen einen bei der Verhandlung beteiligten Rechtsanwalt, der sich in der Sitzung einer Ungebühr schuldig macht, kann das Gericht eine Ordnungsstrafe bis zu 100 Mark (nicht Haft) festsetzen (GVG. § 180). Auch hier werden strafgerichtliche und disziplinare Verfolgung durch die Ordnungsstrafen nicht ausgeschlossen.[14])

Die unter α, β bezeichneten Beschlüsse sind unanfechtbar, wenn sie von einem Oberlandesgericht oder von dem Reichsgericht erlassen sind. Sonst sind sie mit der Beschwerde anfechtbar. Diese ist an eine Frist von einer Woche (nach der Bekanntmachung der Entscheidung) gebunden und geht stets an das Oberlandesgericht. Ihre Einlegung hat stets aufschiebende Wirkung, wenn die Entscheidung von einem beauftragten oder ersuchten Richter erlassen ist, sonst aber nur im Falle β (Bestrafung des Rechtsanwalts wegen Ungebühr), also nicht in den Fällen unter α (GVG. § 183).

c) Beschlüsse, die eine Ordnungsstrafe wegen Ungebühr festsetzen oder die Zwangshaft einer Person oder die Entfernung einer bei der Verhandlung beteiligten Person (nicht: eines Zuhörers) anordnen, müssen protokolliert werden. Die Veranlassung des Beschlusses ist in dem Protokolle (nicht nur im Beschlusse) anzugeben (GVG. § 184).

3. Wird eine strafbare Handlung in der Sitzung begangen (z. B. eine Beleidigung, Meineid), so hat das Gericht den Tatbestand in einem Protokolle festzustellen und dieses der zuständigen Behörde mitzuteilen. In geeigneten Fällen ist die vorläufige Festnahme des Täters zu verfügen.[15])

---

[13]) Ebenso gegen ihre Vertreter und Beistände, soweit sie nicht Rechtsanwälte sind.

[14]) Gegen andere als die genannten Personen, also gegen Beisitzer, Gerichtsschreiber, Staatsanwälte, hat das Gericht keine Zwangs- und Strafmittel. Hier hilft im äußersten Falle nur die Aufhebung der Sitzung.

[15]) GVG. § 185. Das weitere Verfahren gegen den Festgenommenen richtet sich nach StPO. § 128.

§ 109.

V. Gerichtssprache.[1])

I. „Die Gerichtssprache ist die deutsche".[2]) Alle Schriftstücke, die im Prozeßverkehr von den Parteien an das Gericht (einschließlich Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher) oder an den Gegner gerichtet werden oder die von dem Gerichte ausgehen, müssen also in deutscher Sprache abgefaßt sein, wenn sie Beachtung finden sollen.[3]) In der mündlichen Verhandlung muß von allen Personen deutsch gesprochen werden.

Eine Ausnahme läßt das Gesetz nur für die Verhandlung vor dem Gerichte (auch vor dem beauftragten und ersuchten Richter) und nur dann zu, wenn unter Beteiligung von Personen verhandelt wird, die „der deutschen Sprache nicht mächtig sind".[4])

1. In diesem Falle kann das Gericht in der fremden Sprache verhandeln lassen, wenn die beteiligten Personen sämtlich ihrer mächtig sind (GVG. § 187 II). Das Protokoll wird auch in diesem Falle in deutscher Sprache geführt.

2. Sonst muß ein Dolmetscher zugezogen werden (GVG. § 187 I 1). Er hilft den anderen Beteiligten, den Inhalt der in fremder Sprache abgegebenen Erklärung zu erkennen. Seiner Aufgabe nach ist er ein Sachverständiger und steht deshalb auch unter den Vorschriften, die über die Sachverständigen, insbesondere über deren Ausschließung und Ablehnung gelten.[5]) Eine Besonderheit liegt darin, daß der Gerichtsschreiber ohne weiteres zugleich als Dolmetscher fungieren kann.[6]) Die Führung eines Nebenprotokolls in der fremden Sprache findet nicht statt; jedoch sollen Aussagen und Erklärungen, wenn und soweit der Richter dies mit Rücksicht auf die Wichtigkeit der Sache für erforderlich erachtet, auch in der fremden Sprache

---

[1]) GVG. §§ 186—193. Sie gelten an sich nur für die streitige ordentliche Gerichtsbarkeit. Durch FGG. § 8 sind sie für die freiwillige Gerichtsbarkeit für entsprechend anwendbar erklärt, jedoch mit einigen Abschwächungen (FGG. §§ 9, 179).

[2]) GVG. § 186. Seit dem RGes. v. 12./6. 1889 gilt dies auch in Elsaß-Lothringen.

[3]) RG. 31 S. 428 billigt es, daß die in fremder Sprache abgefaßte Berufungsschrift einfach unberücksichtigt bleibt. — Nicht ausgeschlossen ist es, daß das Gericht die Eingabe unter Hinweis auf die gesetzliche Bestimmung zurückgibt. In der Regel wird so verfahren werden. Rechtspflicht ist es nicht.

[4]) So GVG. § 187 I 1. Es genügt also nicht, daß die Person „erklärt, daß sie der deutschen Sprache nicht mächtig sei" (so BGB. § 2244 bei der Testamentserrichtung und generell FGG. § 179). Ist das Gericht der Überzeugung, daß die Partei der deutschen Sprache mächtig ist, so wird sie zur Verhandlung in fremder Sprache nicht zugelassen und als nicht erschienen behandelt (ZPO. § 333), wenn sie nicht deutsch reden will. Gegen einen Zeugen wird nach ZPO. § 390 verfahren.

[5]) GVG. § 193, GebO. f. Z. u. Sachv. § 13 II. Der Dolmetschereid (GVG. § 191) ist eine besondere Form des Sachverständigeneides (ZPO. § 410 I).

[6]) GVG. § 192. Die Dienstverhältnisse der generell zu Dolmetschern ernannten Gerichtsschreiber und Gerichtsschreibergehilfen regelt die Preuß. Dolmetscherordnung v. 18./12. 1899 (JMinBl. S. 856).

in das Protokoll oder in eine Anlage niedergeschrieben werden; eine Übersetzung ist dann beizufügen (§ 187 I 3).

Im Anwaltsprozesse hängt es von dem Ermessen des Gerichts ab, ob es einer Partei,[7] die der deutschen Sprache nicht mächtig ist, überhaupt den Vortrag gestatten will (GVG. § 189 II). Eide werden von Personen, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, stets in der ihnen geläufigen Sprache geleistet (GVG. § 190).

II. Das GVG. regelt unter dem Titel „Gerichtssprache" auch die Verhandlung mit stummen oder tauben Personen (§§ 188/9). Diese Grundsätze fallen aber mehr unter den Gesichtspunkt der Postulationsfähigkeit (unten § 119).

§ 110.

VI. Gerichtsort und Gerichtszeit.

I. Innerhalb seines Bezirks kann das Gericht an jedem Orte tätig werden. Die Termine finden in der Regel an der Gerichtsstelle statt (ZPO. § 219).

II. Gerichtszeit ist die Zeit des ganzen Jahres. Die Gerichtsferien,[1] die vom 15. Juli bis 15. September (einschließlich) dauern, bedeuten nur, daß eine Verminderung der Gerichtstätigkeit eintritt. Während der Ferien werden nämlich in anderen Sachen als „Feriensachen" „keine Termine abgehalten und keine Entscheidungen erlassen" (GVG. § 202 I).[2]

1. Die Ferien sind nicht nur im Interesse der Richter, sondern auch in dem der Parteien und Anwälte gewährt: sie sind Gerichtsferien, nicht nur Richterferien. Entscheidungen, die während der Ferien in Nicht-Feriensachen erlassen werden, können, falls sie nicht im Einverständnis der Parteien ergingen (ZPO. § 295), als rechtswidrig erlassen angefochten werden.[3]

Unzulässig ist der Erlaß aller Entscheidungen, mögen sie Urteile oder Beschlüsse oder Verfügungen sein.[4] Zulässig ist jedoch die Terminsanberaumung (für die Zeit nach den Ferien).[5] Nur der Erlaß der Ent-

[7]) In Betracht kommen die Fälle von ZPO. §§ 85², 141, 619.

[1]) Weismann I § 74, Alexander-Katz, ZZP. 7 500 f., Friedländer, Arch. f. ziv. Pr. 97 441 f., Kommentare zu GVG. §§ 202 f., zu ZPO. § 223. De lege ferenda handelt Schröder, Die Gerichtsferien (1905).

[2]) Auf Strafsachen und die freiwillige Gerichtsbarkeit haben die Ferien keinen Einfluß (GVG. § 202 II Nr. 1, FGG. § 10).

[3]) Mehr sagt auch RG. 31 S. 431 nicht, obwohl es die Vorschriften des § 202 GVG. als absolut gebietende bezeichnet. Der Gegensatz ist wohl: nur instruktionell. Vgl. Friedländer 460 [61].

[4]) So z. B. auch die Bewilligung des Armenrechts (RG. 31 S. 430).

[5]) Darüber ist man einig. Die Begründung ist sehr verschieden. Vielfach wird gesagt, daß der § 202 GVG. die prozeßleitenden Verfügungen nicht meine (so

scheidungen ist verboten. Beschließt das Gericht nur die Entscheidung, ohne sie zu verkünden bzw. zuzustellen, so ist der § 202 GVG. nicht verletzt. Die Parteien können Zustellungen auch in Feriensachen betreiben.

Auf die dem Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher obliegenden Geschäfte bezieht sich der § 202 GVG. nicht.[6])

2. Ohne allen Einfluß sind die Gerichtsferien auf die Feriensachen. Dies sind

a) gewisse Arten von Geschäften, nämlich

α) die Arrestsachen und die eine einstweilige Verfügung betreffenden Sachen (GVG. § 202 II Nr. 2);

β) das Mahnverfahren (GVG. § 204); [7])

γ) das Zwangsvollstreckungsverfahren und Konkursverfahren (GVG. § 204).

Im Sinne dieser Vorschrift über die Ferien[8]) gehören zum Vollstreckungsverfahren auch 1. die Entscheidungen, durch die auf Grund eines vorhandenen Titels nur die formale Voraussetzung der Vollstreckung geschaffen werden soll, und zwar auch die Entscheidung, die der Vorsitzende nach § 731 ZPO. zu treffen hat, nicht aber die Klage „auf Erteilung der Vollstreckungsklausel" (ZPO. § 731) oder auf „Vollstreckungsurteil" (ZPO. § 722, 1042), weil beide Klagen den Vollstreckungstitel (gegen oder für den Rechtsnachfolger, im Inland) erst schaffen sollen,[9]) 2. ferner auch die Entscheidungen über Einwendungen gegen die Erteilung der Klausel, gegen die Vollstreckungsfähigkeit oder gegen Vollstreckungsmaßregeln. Dabei ist es gleichgültig, ob der Widerspruch durch formlose Einwendung (ZPO. §§ 732, 766) oder im Klagewege geltend zu machen ist (ZPO. §§ 767/8, 771, 785 6, 805, 879). Die herrschende Meinung nimmt diese Klagen von der Vorschrift des § 204 GVG. ohne Grund aus.[10])

b) „Feriensachen" sind ferner kraft Gesetzes gewisse im Wege der Klage zu erledigende Prozesse mit Rücksicht auf den Gegenstand des Streites, nämlich

---

Wach, Vorträge (2) 102, Struckmann-Koch, Erl. 1 zu § 202 GVG. u. a.). Gaupp-Stein, Erl. I 1 meint, die Terminsanberaumung sei überhaupt keine Entscheidung (dagegen o. § 64), Schmidt § 62 (S. 317 [3]) leitet die Zulässigkeit daraus ab, daß die Entscheidung erst nach den Ferien in Wirksamkeit trete (ebenfalls nicht richtig, vgl. o. § 64). Der Satz des Textes steht jedenfalls gewohnheitsrechtlich fest. Die ZPO. beruht auf ihm. Denn sonst könnte sie die Notfristen nicht während der Gerichtsferien laufen lassen (ZPO. § 223 II). Auch die im BGB. enthaltene Regulierung der Verjährung setzt ihn voraus. Denn die Anspruchsverjährung könnte nicht ohne Rücksicht auf die Ferien laufen, wenn es nicht möglich wäre, in ihnen die Terminsanberaumung zu erhalten (BGB. § 209 I). Richtig Friedländer 461.

[6]) So mit Recht auch Friedländer 443 gegen Struckmann-Koch, Erl. 1 zu § 202. Daß der Gerichtsschreiber Erklärungen zu Protokoll zu nehmen hat, ist zweifellos. Es handelt sich hier nicht um Entscheidungen.

[7]) Mit Erhebung des Widerspruchs ist es beendigt.

[8]) Anders ist der § 793 ZPO. auszulegen (RG 25 S. 387, 31 S. 412).

[9]) A. M. bezüglich der Klage aus §§ 722, 1042 ist Struckmann-Koch, Erl 1 zu § 204 GVG. Übereinstimmend im Ergebnis die herrschende Meinung (Falkmann, Zwangsvollstr. (2) 16 [9], Gaupp-Stein zu § 223 ZPO., Friedländer 447 u. a.). Über die richtige Begründung s. o. Bd. 1 § 19 (S. 128), § 26 (S. 174).

[10]) Zitate in Note 9 (auch Struckmann-Koch). Mit uns bezüglich des § 771 ZPO. übereinstimmend: Staub, JWSchr. 1888 S. 297, Thiele, Arch. f. ziv. Pr. 84 117. Vgl. auch o. Bd. 1 § 62 (S. 397/8).

α) Meß- und Marktsachen im Sinne des § 30 ZPO.;

β) Mietsstreitigkeiten (in demselben Umfange, in dem sie dem Amtsgericht schlechthin zugewiesen sind);[11])

γ) Streitigkeiten zwischen Dienstherrschaft und Gesinde, zwischen Arbeitgebern und Arbeitern hinsichtlich des Dienst- und Arbeitsverhältnisses, sowie die in § 4 Abs. 1 Nr. 1, 2 des Gewerbegerichtsgesetzes vom 30. Juni 1901 bezeichneten Streitigkeiten;[12])

δ) Wechselsachen[13]) (auch wenn im ordentlichen Prozesse geklagt ist);

ε) Bausachen, wenn über Fortsetzung eines angefangenen Baues gestritten wird;

ζ) Rechtsstreitigkeiten wegen Störung der Telegraphenleitungen durch elektrische Anlagen (§ 13 des RTelG. vom 6. April 1892).

c) Andere Sachen (der ganze Prozeß oder eine einzelne Handlung) werden zu Feriensachen, wenn das Gericht sie als Feriensachen bezeichnet hat. Dazu ist ein Antrag einer der beiden Parteien[14]) und das Bedürfnis besonderer Beschleunigung erforderlich. Vorbehaltlich der Entscheidung des Gerichts kann der Vorsitzende dem Antrag stattgeben.[15])

2. Abschnitt.

Die Parteien.

§ 111.

I. Der Begriff der Partei.[1])

I. Die Prozeßsubjekte sind auf der einen Seite das Gericht, auf der anderen Seite die Parteien. Im Entscheidungsverfahren heißen sie „Kläger“ und „Beklagter“.

---

[11]) Vgl. o. § 97 I, 2 a.

[12]) Die zuletzt bezeichneten Streitigkeiten kommen vor die ordentlichen Gerichte im Wege der Berufung gegen die Urteile der Gewerbegerichte.

[13]) Über den Begriff s. o. § 103 II, 2.

[14]) Er braucht nicht ausdrücklich gestellt zu sein. So liegt er in dem Antrag auf Bewilligung des Armenrechts, wenn darauf hingewiesen wird, daß die Notfrist noch in den Ferien ablaufen werde (so RG. 55 S. 328).

[15]) GVG. § 202 III, vgl. dazu o. § 77[23]. — Nur gegen die Ablehnung ist Beschwerde (einfache) statthaft (ZPO. § 567).

[1]) Literatur: Wetzell, System §§ 5, 9, Wach I § 46, Vorträge (2) 80, Planck I § 42, Fitting §§ 7 f., Schmidt § 30, Bunsen § 21, Weismann § 22, Kleinfeller § 37. Kommentare: zu § 50. Oetker, Jur. LitBl. 2 (1890) 188 f. und Grundbegriffe 1 316 f., Stegemann, ZZP. 17 316 f., Petersen, ZZP. 18 1, Levy bei Gruchot 37 193 f., Kohler,

Im folgenden wird die Lehre von den Parteien nur insofern behandelt, als sie für die Lehre vom Prozeßverhältnis und seiner Entwicklung von Bedeutung ist. Bereits in der Lehre vom Klagrecht (Band 1, Buch III) wurde erledigt

1. die Lehre von der Parteifähigkeit, d. h. die Frage, welche Menschen oder juristischen Personen oder ihnen gleich behandelte Gebilde als aktiv oder passiv Beteiligte des Rechtsschutzes fähig sind (Band 1 § 23 I, §§ 43 bis 47),

2. ferner die Lehre von der Sachlegitimation (Aktiv- und Passivlegitimation), worunter hier nur die subjektive Zuständigkeit des abzuurteilenden Rechtsverhältnisses verstanden wird, und die Lehre von dem Prozeßführungsrecht, d. h. die Fragen,

a) wann einer Person, obwohl sie Subjekt des Rechtsverhältnisses ist, das Recht bzw. die Last zur Prozeßführung über dasselbe fehlt, und

b) wann einer Person, obgleich sie nicht Subjekt des Rechtsverhältnisses ist, das Prozeßführungsrecht zusteht (Band 1 § 23 III 4, §§ 48 bis 56),

3. endlich die Lehre, wem mit Rücksicht auf die einzelnen Klagarten (Klage auf Verurteilung, auf bloße Feststellung, auf Rechtsänderung) die Klagbefugnis zusteht und gegen wen sie auszuüben ist (Bd. 1 §§ 49, 50, 51, § 57 II 1, § 59 III 1, § 61 IV, § 62 III).

Von diesen Momenten hängt es ab, wer die zur Klage berechtigte Person bzw. die zu verklagende Person ist, kurz gesagt, wer der richtige Kläger und der richtige Beklagte für eine erfolgreich durchzuführende Klage ist. Mit Rücksicht auf den zu beginnenden Prozeß hat diese Frage die größte Bedeutung für den, der sich fragt, ob er selbst klagberechtigt ist und wen er als Beklagten in den Prozeß zu ziehen hat. Für den anhängigen Prozeß bedingt die Antwort auf diese Frage weder die Eigenschaft als Partei, noch die für die Entwicklung des Prozeßverhältnisses in Betracht kommenden Befugnisse; vielmehr hängt von jener Antwort lediglich die von dem Gericht zu fällende Entscheidung ab. Für die Frage, wer Partei **ist**, ist es völlig gleichgültig, ob die klagende oder verklagte Person die richtige Partei ist.[2])

Beiträge 346 f., Ehemann, Der Parteibegriff (1898), Bunsen, ZZP. 26 197 f., Schott, Armenr. 60 f., Hellwig, Anspr. u. Klagr. 220 f., Rechtskr. §§ 4, 7, Thiele, Arch. f. ziv. Praxis 82 38 f., Rosenthal, Die Sachlegitimation (1904). Vgl. auch Fräb, Beitrag z. Lehre vom Parteibegriff usw. im Strafverfahren (Diss. 1905). — Österreichisches Recht: Skedl 1 § 13, Pollak, System 1 § 22 c. c.

[2]) Das Gesagte verkennt die Theorie, die als Parteien die Subjekte der res in iudicium deducta vel deducenda bezeichnet. Sie geht von dem Normalfall der Klage aus einem Verpflichtungsverhältnis aus, faßt den Parteibegriff also nicht nur zu eng, sondern auch zu sehr vom privatrechtlichen Gesichtspunkt der actio aus. — Diese Einseitigkeit vermeiden Ötker und seine Anhänger (s. o. Bd. 1 § 47 II), nach denen Parteien nicht die Subjekte der res in iudicium deducta sind, sondern rem in iudicium deducens und is, contra quem res in iudicium deducitur. Diese Theorie fehlt hauptsächlich durch die Annahme der „Partei kraft Amtes"; s. u. § 112 S. 305 f.

II. Die Parteien des konkreten Prozesses.

1. Kläger ist, wer (selbst oder durch legitimierte[3]) Vertreter) Rechtsschutz durch ein beim Gericht auf seinen Namen beantragtes Urteil nachgesucht hat. Beklagter heißt die Person, gegen die der Rechtsschutz (das Urteil) nachgesucht ist. Ihr wird Gelegenheit gegeben, ihr Interesse gegenüber dem Angriff, dessen Begründung im Prozesse zu prüfen ist, wahrzunehmen.[4]) Der Beklagte kann aus der Rolle des Angegriffenen zur Offensive übergehen, indem er nicht nur gänzliche oder teilweise Abweisung der Klage, sondern einen darüber hinausgehenden Rechtsschutz beantragt (Widerklage).[5])

Im Mahnverfahren bezeichnet das Gesetz (§§ 688, 692 f.) die Parteien als „Gläubiger" und „Schuldner", weil es sich hier stets um die Geltendmachung eines Anspruchs (im Sinne des BGB.) oder eines hypothekarischen Rechts handelt[6]) und das Rechtsschutzgesuch auf Verurteilung zur Befriedigung des „Gläubigers" gerichtet ist, also stets einen Vollstreckungstitel schaffen soll.[7])

Im Arrestverfahren fehlt eine feste gesetzliche Terminologie. Man spricht gewöhnlich vom Arrestkläger und Arrestbeklagten.

2. Der Prozeß setzt zwei Parteien voraus, sowohl in seinem Entstehen als in seinem Fortbestehen.[8]) Man kann nicht mit sich selbst einen Prozeß führen, nicht zugleich Kläger und Beklagter sein.[9]) Keine Ausnahme[10]) von diesem Prinzip bildet der Grundsatz, daß die offene Handelsgesellschaft auch mit den Gesellschaftern und ebenso andere selbständige Sondervermögen mit ihrem Subjekt (z. B. die Konkursmasse mit dem Gemeinschuldner) Prozesse führen können.

3. Der Prozeß kann nicht mehr als diese zwei Arten von Parteien (Kläger und Beklagter) haben. Aber auf jeder Seite können in demselben Verfahren Mehrere als Kläger oder Beklagte stehen (Streitgenossen). Der Nebenintervenient ist nicht Partei, sondern prozessiert im eigenen Namen

---

[3]) Vgl. u. §§ 125, 129.

[4]) Die Behauptung, Beklagter sei, wer „sich selbst gegen einen Anspruch verteidige" (so Kleinfeller § 37 1), ist für den heutigen Prozeß unrichtig. Das zeigen schon die §§ 306, 7, 331 ZPO.

[5]) In der Berufungs- und Revisionsinstanz nennt man die Partei, die das Rechtsmittel einlegt, den Berufungskläger (Revisionskläger) und entsprechend den Gegner (also möglicherweise den Kläger) den Berufungsbeklagten (Revisionsbeklagten).

[6]) ZPO. § 688 I.

[7]) Über die Besonderheit dieser Verurteilung vgl. einstweilen o. Bd. 1 § 9 II, 6.

[8]) Deshalb erlischt der Prozeß, wenn eine Partei fortfällt, ohne daß in diesem Prozeß ein Nachfolger an ihre Stelle tritt (z. B. § 628). — Die Besonderheit des Aufgebotsverfahrens besteht darin, daß es gegen ungenannte Gegner gerichtet ist, vgl. o. Bd. 1 § 9 Note 56 f.

[9]) Deshalb kein Prozeß zwischen den verschiedenen stationes fisci (der Fiskus ist eine juristische Person), kein Prozeß zwischen Hauptgeschäft und Zweigniederlassung.

[10]) Eine solche müssen diejenigen annehmen, welche lehren, daß der Prozeß der Handelsgesellschaft ein Prozeß der sämtlichen Gesellschafter (in ihrer Vereinigung zur gesamten Hand) sei und daß der Konkursverwalter den Gemeinschuldner vertrete. Vgl. u. § 112. — Über „Selbstprozessieren" vgl. u. § 122a.

zum Zwecke der Unterstützung einer Partei, und allein auf deren Namen wird das Urteil gestellt (u. § 122).

III. Die Bedeutung des Parteibegriffs liegt darin, daß die Parteien und nur sie die dem Gerichte gegenüberstehenden Prozeßsubjekte sind. Gemeint ist damit nicht, daß sie die im Prozeß handelnden Personen seien oder sein müßten, sondern sie sind die Subjekte des Prozeßverhältnisses: sie sind es, die von den Wirkungen des schwebenden Prozesses und des ihn beendigenden Urteils direkt getroffen werden.

1. Das Urteil ist auf den Namen der Parteien zu stellen (§ 313 Nr. 1); insbesondere wird die Partei in die Prozeßkosten verurteilt (§ 91 f.).[11]) Demnach tritt auch die Wirkung des Urteils unter den Parteien ein; die Feststellungswirkung (Rechtskraftswirkung) gilt stets unter ihnen und prinzipiell nur unter ihnen;[12]) die Verurteilung gibt stets dem Kläger das Vollstreckungsrecht[13]) und eröffnet das Vermögen des Verurteilten dem Vollstreckungszugriff.[13a])

2. Solange der Prozeß anhängig ist, besteht die Wirkung der Rechtshängigkeit unter den Parteien und nur unter ihnen.[14]) Nur die beklagte Partei kann Widerkläger werden und nur gegen den Kläger.

3. Wer Partei ist, kann niemals Zeuge oder Sachverständiger sein. Der zugeschobene und der richterliche Eid ist von der Partei zu leisten.[15]) Nach der Person der Partei, ihres Rechtsvorgängers oder Vertreters bestimmt sich die Zulässigkeit der Eideszuschiebung oder Zurückschiebung (§§ 445, 448). Die prozessuale Editionspflicht trifft die Partei (§ 423).

4. Auf die Beziehungen der Partei kommt es an, wenn es sich um die Frage handelt, wo der allgemeine oder ein anderer persönlicher Gerichtsstand begründet ist,[16]) ob der Kläger als Ausländer zur Sicherheitsleistung

---

[11]) Dies ist ein besonders deutliches Kriterium für die Parteieigenschaft. Die Theorie, die behauptet, daß die Verwalter selbständiger Vermögensmassen selbst Partei („kraft Amtes") seien, sie aber trotzdem die Prozeßkosten nicht tragen läßt, bewegt sich in Widersprüchen, vgl. o. Bd. 1 § 47 II. — Die Vorschrift des § 102 ZPO. hebt den Grundsatz des Textes nicht auf. Die Verurteilung dieser Nebenpersonen setzt immer voraus, daß eine kostenpflichtige Partei vorhanden ist. Diese wird verurteilt, die Nebenperson nur neben ihr. Über nichtlegitimierte Vertreter s. u. §§ 125, 129.

[12]) § 325. Auf andere Personen kann die Rechtskraft sich erstrecken. Dazu bedarf es besonderer Gründe, und diejenigen, auf die jene Erstreckung stattfinden wird, werden aus diesem Grunde nicht zur Partei.

[13]) Als das Recht, die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Keineswegs ist es notwendig, daß er auch der Empfänger der Leistung ist (s. o. Bd. 1 §§ 57 v, 32 IV 2).

[13a]) Eine Modifikation dieses Satzes gilt nur da, wo der Beklagte im eigenen Namen über fremde Verpflichtungen prozessiert (s. o. Bd. 1 § 50 II, V, VII 1).

[14]) ZPO. § 263, vgl. o. Bd. 1 § 27 IV.

[15]) Ist sie prozeßunfähig, so tritt in dieser Beziehung der gesetzliche Vertreter an ihre Stelle (ZPO. § 478), s. u. § 125.

[16]) Der Wohnsitz des Konkursverwalters begründet z. B. einen allgemeinen Gerichtsstand für die Klagen gegen ihn als solchen (d. h. gegen die Konkursmasse) ebensowenig wie der Wohnsitz des Vormunds für die Klagen gegen das Mündel. (Vgl. o. § 99 II Note 22/3.)

verpflichtet ist (§§ 110 f.), ob das Armenrecht zu gewähren ist,[17]) ob ein Grund für eine Veränderung in der Parteirolle eingetreten ist[18]) und wer der Nachfolger in ihr ist, ob die persönlichen Beziehungen vorhanden sind, die den Richter von der Ausübung des Richteramtes ausschließen (§ 41 Nr. 1—3) oder den Zeugen zur Verweigerung des Zeugnisses nach § 383 Nr. 1—3, § 384 Nr. 1, 2 berechtigen oder doch seine Beeidigung ausschließen (§ 393 Nr. 3).

Dagegen ist an der Entwicklung des Prozeßverhältnisses als handelnde Person nicht notwendig die Partei und nicht nur sie selbst beteiligt. Statt ihrer kann, soweit nicht Ausnahmen gemacht sind,[19]) stets ein Bevollmächtigter handeln, und statt der prozeßunfähigen Partei muß ihr Vertreter handeln;[20]) dem Nebenintervenienten gestattet das Gesetz, die Parteihandlungen vorzunehmen (§ 67). Soweit nun das Gesetz Parteihandlungen gestattet oder vorschreibt, sind diese Vorschriften (z. B. §§ 42 III, 43, 78, 137 8) auch dann maßgebend, wenn statt der Partei ein anderer handelt: aber nicht etwa deshalb, weil dieser im Sinne jener Vorschriften Partei wäre,[21]) sondern deshalb, weil die Stellung der Partei innerhalb des Prozesses nicht dadurch eine Änderung erleiden kann, daß sie nicht selbst handelt.

§ 112.

II. Partei und Parteivertretung. Parteifähigkeit.

I. Die Antwort auf die Frage, wer in einem Prozesse die Parteien sind, ist lediglich aus den konkreten prozessualen Vorgängen zu schöpfen. Hierbei ist zu unterscheiden

1. die Frage, wer bei Beginn des Prozesses Partei war,
2. die Frage, wer im Laufe des Prozesses Partei geworden ist.

Die erste Frage beantwortet sich nach dem Akt der Klagerhebung (II). Im Laufe des Prozesses können dann Veränderungen in den Parteien ein-

---

[17]) Sucht der Nachlaßpfleger das Armenrecht nach, so kommt es deshalb nur auf die Größe der Nachlaßmittel an. So auch RG. 50 S. 395,6 und bayr. ObLG. im „Recht" 1902 S. 212, obwohl sie den Pfleger als Vertreter des Erben bezeichnen.

[18]) Z. B. Tod (§ 239), Konkurseröffnung (§ 240) u. dergl. Veränderungen in der Person des Konkursverwalters, des Nachlaßpflegers, der Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft haben in dieser Beziehung keinerlei Bedeutung.

[19]) Eidesleistung (§ 478), persönliche Aufklärung (§§ 141, 619).

[20]) Nicht nur die Prozeßhandlungen der Vertreter haben Einfluß auf die Entwicklung des Prozeßverhältnisses, sondern auch andere in ihrer Person eintretende Ereignisse (§§ 241, 244, 471).

[21]) A. M. Wach I 288. Er nimmt an, daß das Gesetz einen weiteren und einen engeren Parteibegriff habe. Ebenso Petersen, Erl. 1 vor § 50, Kleinfeller § 37. — Das im Text Gesagte bestimmt ausdrücklich die Österr. ZPO. §§ 5, 39: „Soweit dieses Gesetz nicht unterscheidet, sind dessen Vorschriften über Parteien auch auf deren gesetzliche Vertreter (§ 39: Bevollmächtigte) zu beziehen." Nichts anderes gilt bei uns.

treten, sowohl unmittelbar kraft Gesetzes,[1]) als auch durch Klaganderung[2]) oder sonstigen Parteiakt,[3]) sowohl infolge einer Nachfolge in das streitige Rechtsverhältnis als auch ohne eine solche Sukzession. Die Gründe für diese nachträglichen Veränderungen können erst in der Lehre von der Entwicklung des Prozeßverhältnisses dargestellt werden.

II. Zunächst bestimmt die Klagerhebung die Parteien.

1. Dieser Prozeßakt besteht darin, daß derjenige, der Kläger werden will, die Klagschrift, in der er sich als der Kläger nennt und den zu Beklagenden bezeichnet, von dem Gericht (dem Vorsitzenden) mit der Terminsfestsetzung[4]) versehen und sie dem als Beklagten Genannten oder seinem Vertreter zustellen läßt. Erst durch die Zustellung werden die als Parteien Genannten wirklich zu Parteien dieses Rechtsstreites.[5])

Entscheidend ist nicht der Name, unter dem jemand prozessiert, sondern die Person, die klagt oder verklagt wird.[6])

2. Existiert die Person oder Organisation, in deren Namen geklagt wird oder gegen die geklagt wird, überhaupt nicht oder nicht mehr,[7]) so fehlt notwendig eine Prozeßvoraussetzung. Denn die Klagerhebung kann unmöglich ordnungsmäßig vollzogen sein. Aus diesem Grunde muß die Prozeßabweisung erfolgen, nicht etwa wegen Mangels der Parteifähigkeit oder der Prozeßfähigkeit[8]) oder der gesetzlichen Vertretung.[9]) Denn diese Fähigkeiten sind Eigenschaften und setzen die Existenz der Person oder Organisation voraus, nach deren Eigenschaften man fragen will. In die Prozeßkosten ist der angebliche Vertreter der nicht existierenden Partei zu verurteilen. Fehlt die beklagte Partei, so ist ersatzpflichtig bzw. -berechtigt der als ihr angeblicher gesetzlicher Vertreter in Anspruch Genommene. Denn es wäre sinnlos, die Kosten einer nicht existierenden Partei aufzuerlegen oder zuzusprechen.[10])

Eine Modifikation erleidet der aufgestellte Grundsatz

---

[1]) So z. B. im Falle des Todes (§ 239), der Nacherbfolge (242), der Konkurseröffnung usw. [2]) Vgl. z. B. RG. 58 Nr. 63.

[3]) Übernahme des Prozesses (z. B. im Falle der §§ 76/7, 265 II), oder Ladung seitens des Gegners (§ 266). Wer unberechtigt solchen Eintritt versucht, maßt sich die Parteirolle an und nimmt in diesem Streite die Stellung einer Partei ein.

[4]) Über ihre Bedeutung als Zulassung der Klage zur Verhandlung s. o. § 64.

[5]) Über Mängel bei der Zustellung und hinsichtlich sonstiger Prozeßvoraussetzungen s. o. § 68.

[6]) Der Einzelkaufmann, der eine von seinem Namen abweichende Firma führt, kann unter zwei Namen prozessieren (HGB. § 17). Für unsere prozessuale Frage ist es ohne Bedeutung, ob er die Firma mit Recht oder mit Unrecht führt. — Über die Folgen falscher Parteibezeichnung vgl. u. § 113 III 1.

[7]) Beispiel: Der frühere Vormund eines Gestorbenen erhebt als dessen Vertreter die Klage; sie wird dem früheren Vorstand einer längst nicht mehr (auch nicht in Liquidation) existierenden juristischen Person zugestellt.

[8]) So mit Recht RG. 6 S. 390. [9]) So mit Recht RG. 53 S. 241.

[10]) Vgl. RG. 35 S. 364 (unten S. 304). S. auch u. § 125[54].

a) in den singulären Fällen, in denen das Gesetz einem Pfleger gestattet, im Namen der Leibesfrucht oder einer noch nicht existierenden oder ungewissen Person zu prozessieren,[11])

b) ferner, wenn im Verlaufe des Klagerhebungsaktes die in der Klagschrift bezeichnete Partei fortgefallen ist. Hier ist es möglich, daß trotzdem das am Prozeßgründungsakte noch Fehlende rechtswirksam erfolgt. So ist es,

α) wenn der Kläger die Klagschrift dem Gerichtsvollzieher zur Zustellung an den Beklagten übergeben hat, vor ihrer Ausführung aber gestorben ist. Durch den Tod wird die Stellung des Antrags auf Zustellung nicht unwirksam.[12]) Wird sie ausgeführt, so kann allerdings der Gestorbene nicht mehr Partei werden. Aber ebenso wie die rechtsgeschäftliche Willenserklärung, die ein Gestorbener abgegeben hat, ihre Wirkung auch dann entfaltet, wenn sie dem Empfänger erst nach dem Tode des Absenders zugeht, wie die Wirkung dann aber in der Person des Erben eintritt, so wird hier in analoger Weise durch die vom Erblasser betriebene Zustellung der Erbe zur Partei gemacht.[13]) Das Besondere ist, daß es zunächst ungewiß ist, wer Partei ist, und daß der Prozeß sofort nach Ausführung der Zustellung unterbrochen wird.[14])[15]) — Entsprechend ist die Beurteilung, wenn der Kläger nach Einreichung der Klagschrift (bei dem Amtsgericht) stirbt und der Gerichtsschreiber (§ 497) die Zustellung besorgt.

β) Die Prozeßvollmacht wird durch den Tod nicht aufgehoben.[16]) Der Prozeßbevollmächtigte (ebenso der Prokurist und Generalbevollmächtigte)

[11]) Vgl. o. Bd. 1 § 43 I.

[12]) Vgl. u. § 121. Weder erlischt durch den Tod die Vollmacht, noch die Ermächtigung des Boten (wie § 130 II BGB. beweist). Der Antrag auf Zustellung, der auch eine Art der „Ermächtigung" ist (ZPO. § 167 I), kann nicht anders behandelt werden. Die Grundsätze über Unterbrechung des Prozesses (§ 239) können nicht angewendet werden, da ja die Zustellung noch nicht erfolgt ist. Aber selbst wenn man Unterbrechung annähme, so würde der § 249 II nicht entgegenstehen, da er nur die vom Gegner der Partei, in deren Person der Unterbrechungsgrund eingetreten ist, ausgehenden Prozeßhandlungen dieser Partei gegenüber unwirksam macht.

[13]) So auch Weizsäcker, ZZP. 27 98, jedoch mit der m. E. nicht zutreffenden Begründung, der Gerichtsvollzieher sei Bote der Partei. Vgl. darüber u. § 121 a. E.

[14]) Also ebenso wie im Falle des § 249 III. Eine ähnliche Situation ergibt sich, wenn der Kläger die Klagschrift dem Gerichtsvollzieher zur Zustellung übergeben hat, aber vor ihrer Ausführung prozeßunfähig wird (etwa durch Entmündigung). Auch hier ist die Alternative: entweder Gültigkeit der Zustellung und dann sofort Unterbrechung oder sofortige Unterbrechung, also Unwirksamkeit der Zustellung. Gegen letzteres spricht, daß die Prozeßfähigkeit nur zur Zeit der Vornahme der Prozeßhandlung, nicht aber zu der Zeit vorhanden sein muß, wo die durch sie veranlaßte Amtshandlung vorgenommen wird (arg. § 249 III). Ein weiterer ebenso zu beurteilender Fall liegt dann vor, wenn der Vertreter der Partei nach Übergabe des zuzustellenden Schriftstücks (an den Gerichtsvollzieher) so wegfällt, daß dadurch Unterbrechung des Verfahrens eintreten muß (§§ 241, 244).

[15]) Diese Unterbrechung vermeidet der Erbe des Klägers dadurch, daß er mit der Klagschrift einen Schriftsatz zustellen läßt, in dem er erklärt, daß er an die Stelle des Erblassers getreten ist. Die Anfertigung einer neuen Klagschrift und die nochmalige Terminsanberaumung sind nicht nötig.

[16]) ZPO. § 86 (u. § 133 III). Dasselbe gilt von der gesetzlichen Vertretungsmacht des Pflegers eines Abwesenden (BGB. § 1921 II).

kann also die Klage im Namen des Rechtsnachfolgers erheben. Es ist aber auch nicht unwirksam, wenn der Vertreter die auf den Namen des gestorbenen Klägers gestellte und bereits zugelassene Klagschrift dem Beklagten zustellen läßt. Partei wird dann natürlich nicht der Gestorbene, sondern sein (in der Klagschrift nicht genannter) Rechtsnachfolger. — Ebenso ist alles in Ordnung, wenn der Kläger nach dem Tode des zu Beklagenden die Klage einem solchen Vertreter zustellen läßt, dessen Vertretungsmacht durch den Tod des zu Beklagenden nicht erloschen ist.[17]) Ein solcher Vertreter ist der Prokurist und der Generalbevollmächtigte (BGB. § 171 II), ferner der Prozeßbevollmächtigte, der durch Anzeige an den Kläger für den erwarteten Prozeß bestellt war,[18]) endlich der Pfleger eines Abwesenden (bis zur Aufhebung der Pflegschaft, BGB. § 1921 II). Hat der zu Beklagende einen solchen Vertreter nicht, so braucht der Kläger nicht eine neue Klagschrift aufzusetzen. Es genügt, wenn er mit der auf den Namen des Erblassers zugelassenen Klage einen Schriftsatz zustellen läßt, in dem er erklärt, daß er die Klage gegen den Erben (oder Testamentsvollstrecker, Nachlaßpfleger) richte. Hat der Kläger die Klagschrift dem Rechtsnachfolger[19]) ohne diese Erklärung zustellen lassen, so kann sie in der Verhandlung nachgeholt werden.[20])

Für die unter β behandelten Fälle fehlt es an einer ausdrücklichen Bestimmung. Die Vorschrift des § 246 bezieht sich nur auf den Fall, daß im anhängigen Prozesse eine Partei so fortfällt, daß an ihre Stelle eine andere tritt. Aber das ergibt sich aus dem § 246, daß das Gesetz keinen Anstoß daran nimmt, daß der Prozeß auf den Namen des Gestorbenen weitergeführt wird, ohne daß bereits in der Verhandlung und bei der Urteilsfällung feststeht, wer der Rechtsnachfolger ist. Die Interessen des Gegners werden dadurch vollkommen gewahrt, daß er die Befugnis hat, Aussetzung des Verfahrens und Hervortreten der Nachfolger zu verlangen.[21]) Im Wege der Analogie ergibt sich für unseren wesensgleichen Fall die gleiche Behandlung.[22])

---

[17]) Diese Möglichkeit ist von mir o. Bd. 1 § 23 nach Note 17 übersehen.

[18]) Ist eine solche Anzeige nicht erfolgt, so ist die Zustellung an den Prozeßvertreter, den der Verstorbene bestellt hatte, unwirksam. Die Begründung dieses Satzes s. u. § 128 III.

[19]) Als dem Zustellungsadressaten (§ 191 Nr. 3). Anders wäre es, wenn die Klage dem Gestorbenen zugestellt werden sollte und, weil der Gerichtsvollzieher von dem Tode nichts wußte, einem Hausgenossen, der Erbe ist, nach § 181 zugestellt wurde. Hier ist überhaupt noch keine wirksame Zustellung erfolgt.

[20]) Gemäß § 268 Nr. 1. — Die zivilistische Analogie würde darin liegen, daß eine an den A adressierte Erklärung seinem Erben ausgehändigt wird.

[21]) Vgl. u. § 133 III. Die Benutzung des Urteils, namentlich zur Vollstreckung, setzt voraus, daß der Rechtsnachfolger hervorgetreten ist. Vgl. § 727 (Umstellung der Vollstreckungsklausel), § 731 (Judikatsklage).

[22]) Gegen dieses von Weizsäcker, ZZP. 27 97 verteidigte Ergebnis erklärt sich Seuffert, Erl. 2a zu § 86, ferner meine Ausführung o. Bd. 1 § 23 bei Note 17f.

3. Existiert die klagende natürliche oder juristische Person, so ist es sehr wohl möglich, daß die Klagerhebung vollständig in Ordnung ist und nur das in Frage steht, ob der Person die Parteifähigkeit zusteht.[22a]) Ist der (existierende) Kläger nicht parteifähig, so fehlt ihm die Rechtsschutzfähigkeit: er „kann nicht klagen", d. h. er ist nicht berechtigt, im Wege der Klage Rechtsschutz zu verlangen. Das ist aber die Voraussetzung für das von ihm in der Klage behauptete konkrete Klagrecht,[23]) und wenn der Beklagte nicht parteifähig ist, so ist dies ein Grund dafür, daß dem Kläger der begehrte Rechtsschutz gegenüber diesem Beklagten nicht erteilt werden kann.

Hieraus folgt, daß wegen Parteiunfähigkeit der vorhandenen Partei zwar keine Entscheidung über das eingeklagte Recht (zur Hauptsache) gefällt werden darf, daß aber eine sachliche Entscheidung dadurch zu geben ist, daß die Klage als unzulässig abgewiesen wird. Im Gegensatz zu den Fällen unter 2 (Nichtexistenz der Partei) erfolgt also nicht etwa Prozeßabweisung. Es fehlt nicht eine Prozeßvoraussetzung, sondern eine prozessuale Klagvoraussetzung.[24]) Das abweisende Urteil stellt nicht etwa den Mangel der Parteifähigkeit fest, sondern verneint das hinsichtlich des Prozeßgegenstandes behauptete Klagrecht aus dem Grunde der Parteiunfähigkeit.

Der Zeitpunkt, auf den es bei dieser Frage ankommt, ist gemäß dem allgemeinen Prinzip (oben Bd. 1 § 29) der Schluß der letzten Tatsachenverhandlung. Es genügt, wenn die Parteifähigkeit bis dahin er=

Soweit sie sich auf den Fall der Rechtsnachfolge bezieht, glaube ich sie aufgeben zu müssen.

[22a]) So z. B., wenn eine (ausländische) Klosterperson prozessiert (vgl. RG. 32 S. 173f., russische Nonne) oder wenn eine ausländische Aktiengesellschaft, der die Rechtsfähigkeit zwecks Vergeltung (EG. zum BGB. Art. 31) versagt wird, die Klage erhoben hat.

[23]) Es ist sehr wohl denkbar, daß die Parteifähigkeit in Beziehung auf die einen Rechtsstreitigkeiten vorhanden ist, in Beziehung auf andere aber fehlt. So ist der nicht rechtsfähige Verein zweifellos zur verwaltungsrechtlichen Klage zwecks Beseitigung des unberechtigten Einspruchs (BGB. § 62), zur Widerklage und zu Widerspruchsklagen und zur Zwangsvollstreckung berechtigt, während er nach der herrschenden Meinung im übrigen der aktiven Parteifähigkeit entbehren soll. Vgl. o. Bd. 1 § 45 II, 1. — Bei dieser Gelegenheit bemerke ich in Beziehung auf RG. 57 S. 92 (= JWSchr. 1904 S. 178) und meine Besprechung im Recht 1904 S. 207, daß dieser Entscheidung eine andere m. W. bisher nicht veröffentlichte vorausging. Sie ist vom 18./11. 1902 (III, 291/1902). Die Klage war von D und L „als Vertretern der Kalibohrgesellschaft U" erhoben. Das Kammergericht erachtete es als Klagänderung, als D und L in zweiter Instanz beantragten, „eventuell, d. h. für den Fall, daß den Klägern die aktive Parteifähigkeit nicht zuerkannt würde, die jetzt benannten Vereinsmitglieder in das Klagrubrum aufzunehmen" (!). Das ist in der Tat eine Veränderung der Partei (vgl. o. Bd. 1 § 45 [20] und unten Note 45). Das Reichsgericht aber erachtete es als bloße Klagverbesserung (§ 268 Nr. 1) und verlangte nicht eine Vollmacht der Mitglieder. Der Sache nach wird dadurch allerdings fast dasselbe Resultat erzielt, wie wenn der Verein klagen kann.

[24]) Dies ist im allgemeinen schon o. Bd. 1 § 23 III, 1 ausgeführt. Vgl. auch o. § 66 (S. 16/8).

langt [25]) und die Prozeßführung genehmigt wird. [26]) War sie vorhanden, fällt sie aber fort, so sukzediert der Rechtsnachfolger in das Prozeßverhältnis; fehlt ein solcher, so erlischt der Prozeß. [27])

4. Das Ergebnis ist: Ist die Existenz einer Partei fälschlich behauptet, so fehlt die Partei (2); ist sie aber vorhanden, fehlt ihr jedoch die Parteifähigkeit, so besteht der Prozeß zwischen ihr und dem Gegner nicht nur anscheinend, sondern in Wirklichkeit (3).

Zweifelhafter ist die Beurteilung, wenn in einem Prozesse, der die Rechtsverhältnisse einer oder mehrerer Personen betrifft, die Klagschrift nicht diese selbst als Partei nennt, sondern eine Parteibezeichnung anderer Art enthält, die die Persönlichkeit nicht hervortreten läßt, insbesondere den Anschein erweckt, als wäre eine juristische Person als Partei gemeint.

So z. B., wenn als Partei das Rittergut Hohenau statt seines Besitzers A bezeichnet ist oder die „v. L.'sche Gutsherrschaft" statt des Grafen S, der als der Lehnsträger gemeint ist, [28]) oder der Name der Zeitung statt der Firma oder des bürgerlichen Namens des Inhabers des Zeitungsunternehmens, [29]) oder der Name des Schiffes statt des Namens des Reeders oder der Reederei, [30]) oder der Name des N'schen Krankenhauses statt des Namens der Gemeinde, die das Krankenhaus hält, oder der Name des A'schen Nachlasses [31]) statt des Namens des (definitiven) Erben, der klagt oder verklagt wird, oder der Name „Pfarre zu C", vertreten durch den „Pastor zu C", statt des Namens des Pfarrers oder der Kirchengemeinde, [32]) oder der Name des „Gaswerks zu A" statt des Namens der Aktiengesellschaft, deren Unterabteilung die Gasfabrik ist. [33])

In derartigen Fällen besteht keine Schwierigkeit, wenn der gebrauchte Name (z. B. die Gesellschaft X & Co.) die Firma ist, unter der der Einzelkaufmann klagen und verklagt werden kann (HGB. § 17 II), ebenso dann nicht, wenn aus dem übrigen Inhalt der Klagschrift, aus dem von dem Kläger bestimmten Adressaten der Zustellung oder aus den im Laufe des Prozesses sich ergebenden Umständen klar erhellt, wer als Partei gemeint war. Solche Klarstellung ist ohne Zweifel zulässig. [34]) Durch Vorlegung der Vollmacht wird sie häufig in ausreichendem Maße bewirkt.

---

[25]) Beispiel: Die Stiftung, die vor ihrer Genehmigung verklagt ist, entsteht während des Prozesses. Vgl. u. § 113 [2].

[26]) Vgl. u. § 113 [2], [3]. Die Judikatur des RG. schwankt, vgl. Skonietzki und Gelpcke, Erl. 2 zu § 50, Gaupp-Stein, Erl. V zu § 50, Nußbaum, ZZP. 34 127/8, 144.

[27]) Vgl. o. § 111 [3] und u. § 113. In der Lehre von der Sukzession und der Prozeßbeendigung ist auf diesen Punkt zurückzukommen.

[28]) Diesen Fall behandelt die Entscheidung des bayerischen ObLG. in Seuff. Arch. 52 Nr. 194. [29]) Vgl. ZZP. 20 468.

[30]) Vgl. RG. in Seuff. Arch. 54 Nr. 59 (Kläger: „Reederei des englischen Dampfers Alton").

[31]) Der Nachlaß wird ganz korrekt als Partei bezeichnet, wenn er ein selbständiges Sondervermögen ist und z. B. der Pfleger als sein Vertreter prozessiert. S. o. Bd. 1 § 44. [32]) Vgl. RG. bei Gruchot 40 385 f.

[33]) Diesen Fall behandelt RG. 35 S. 362 f.

[34]) Dies folgt aus § 268 Nr. 1. Vgl. auch die Entsch. in Note 28. Soweit es sich um die Berichtigung von bloßen Ungenauigkeiten handelt, sind sie, wie das RG.

3. Existiert die klagende natürliche oder juristische Person, so ist es sehr wohl möglich, daß die Klagerhebung vollständig in Ordnung ist und nur das in Frage steht, ob der Person die Parteifähigkeit zusteht.[22a]) Ist der (existierende) Kläger nicht parteifähig, so fehlt ihm die Rechtsschutzfähigkeit: er „kann nicht klagen", d. h. er ist nicht berechtigt, im Wege der Klage Rechtsschutz zu verlangen. Das ist aber die Voraussetzung für das von ihm in der Klage behauptete konkrete Klagrecht,[23]) und wenn der Beklagte nicht parteifähig ist, so ist dies ein Grund dafür, daß dem Kläger der begehrte Rechtsschutz gegenüber diesem Beklagten nicht erteilt werden kann.

Hieraus folgt, daß wegen Parteiunfähigkeit der vorhandenen Partei zwar keine Entscheidung über das eingeklagte Recht (zur Hauptsache) gefällt werden darf, daß aber eine sachliche Entscheidung dadurch zu geben ist, daß die Klage als unzulässig abgewiesen wird. Im Gegensatz zu den Fällen unter 2 (Nichtexistenz der Partei) erfolgt also nicht etwa Prozeßabweisung. Es fehlt nicht eine Prozeßvoraussetzung, sondern eine prozessuale Klagvoraussetzung.[24]) Das abweisende Urteil stellt nicht etwa den Mangel der Parteifähigkeit fest, sondern verneint das hinsichtlich des Prozeßgegenstandes behauptete Klagrecht aus dem Grunde der Parteiunfähigkeit.

Der Zeitpunkt, auf den es bei dieser Frage ankommt, ist gemäß dem allgemeinen Prinzip (oben Bd. 1 § 29) der Schluß der letzten Tatsachenverhandlung. Es genügt, wenn die Parteifähigkeit bis dahin er-

Soweit sie sich auf den Fall der Rechtsnachfolge bezieht, glaube ich sie aufgeben zu müssen.

[22a]) So z. B., wenn eine (ausländische) Klosterperson prozessiert (vgl. RG. 32 S. 173 f., russische Nonne) oder wenn eine ausländische Aktiengesellschaft, der die Rechtsfähigkeit zwecks Vergeltung (EG. zum BGB. Art. 31) versagt wird, die Klage erhoben hat.

[23]) Es ist sehr wohl denkbar, daß die Parteifähigkeit in Beziehung auf die einen Rechtsstreitigkeiten vorhanden ist, in Beziehung auf andere aber fehlt. So ist der nicht rechtsfähige Verein zweifellos zur verwaltungsrechtlichen Klage zwecks Beseitigung des unberechtigten Einspruchs (BGB. § 62), zur Widerklage und zu Widerspruchsklagen und zur Zwangsvollstreckung berechtigt, während er nach der herrschenden Meinung im übrigen der aktiven Parteifähigkeit entbehren soll. Vgl. o. Bd. 1 § 45 II, 1. — Bei dieser Gelegenheit bemerke ich in Beziehung auf RG. 57 S. 92 (= JWSchr. 1904 S. 178) und meine Besprechung im Recht 1904 S. 207, daß dieser Entscheidung eine andere m. W. bisher nicht veröffentlichte vorausging. Sie ist vom 18./11. 1902 (III, 291/1902). Die Klage war von D und L „als Vertretern der Kalibohrgesellschaft U" erhoben. Das Kammergericht erachtete es als Klagänderung, als D und L in zweiter Instanz beantragten, „eventuell, d. h. für den Fall, daß den Klägern die aktive Parteifähigkeit nicht zuerkannt würde, die jetzt benannten Vereinsmitglieder in das Klagrubrum aufzunehmen" (!). Das ist in der Tat eine Veränderung der Partei (vgl. o. Bd. 1 § 45[20] und unten Note 45). Das Reichsgericht aber erachtete es als bloße Klagverbesserung (§ 268 Nr. 1) und verlangte nicht eine Vollmacht der Mitglieder. Der Sache nach wird dadurch allerdings fast dasselbe Resultat erzielt, wie wenn der Verein klagen kann.

[24]) Dies ist im allgemeinen schon o. Bd. 1 § 23 III, 1 ausgeführt. Vgl. auch o. § 66 (S. 168).

langt[25]) und die Prozeßführung genehmigt wird.[26]) War sie vorhanden, fällt sie aber fort, so sukzediert der Rechtsnachfolger in das Prozeßverhältnis; fehlt ein solcher, so erlischt der Prozeß.[27])

4. Das **Ergebnis** ist: Ist die Existenz einer Partei fälschlich behauptet, so fehlt die Partei (2); ist sie aber vorhanden, fehlt ihr jedoch die Parteifähigkeit, so besteht der Prozeß zwischen ihr und dem Gegner nicht nur anscheinend, sondern in Wirklichkeit (3).

Zweifelhafter ist die Beurteilung, wenn in einem Prozesse, der die Rechtsverhältnisse einer oder mehrerer Personen betrifft, die Klagschrift nicht diese selbst als Partei nennt, sondern eine Parteibezeichnung anderer Art enthält, die die Persönlichkeit nicht hervortreten läßt, insbesondere den Anschein erweckt, als wäre eine juristische Person als Partei gemeint.

So z. B., wenn als Partei das Rittergut Hohenau statt seines Besitzers A bezeichnet ist oder die „v. L.'sche Gutsherrschaft" statt des Grafen S, der als der Lehnsträger gemeint ist,[28]) oder der Name der Zeitung statt der Firma oder des bürgerlichen Namens des Inhabers des Zeitungsunternehmens,[29]) oder der Name des Schiffes statt des Namens des Reeders oder der Reederei,[30]) oder der Name des X'schen Krankenhauses statt des Namens der Gemeinde, die das Krankenhaus hält, oder der Name des A'schen Nachlasses[31]) statt des Namens des (definitiven) Erben, der klagt oder verklagt wird, oder der Name „Pfarre zu C", vertreten durch den „Pastor zu C", statt des Namens des Pfarrers oder der Kirchengemeinde,[32]) oder der Name des „Gaswerks zu A" statt des Namens der Aktiengesellschaft, deren Unterabteilung die Gasfabrik ist.[33])

In derartigen Fällen besteht keine Schwierigkeit, wenn der gebrauchte Name (z. B. die Gesellschaft X & Co.) die Firma ist, unter der der Einzelkaufmann klagen und verklagt werden kann (HGB. § 17 II), ebenso dann nicht, wenn aus dem übrigen Inhalt der Klagschrift, aus dem von dem Kläger bestimmten Adressaten der Zustellung oder aus den im Laufe des Prozesses sich ergebenden Umständen klar erhellt, wer als Partei gemeint war. Solche Klarstellung ist ohne Zweifel zulässig.[34]) Durch Vorlegung der Vollmacht wird sie häufig in ausreichendem Maße bewirkt.

---

[25]) Beispiel: Die Stiftung, die vor ihrer Genehmigung verklagt ist, entsteht während des Prozesses. Vgl. u. § 113 [2].

[26]) Vgl. u. § 113 [2, 3]. Die Judikatur des RG. schwankt, vgl. Skonietzki und Gelpcke, Erl. 2 zu § 50, Gaupp-Stein, Erl. V zu § 50, Nußbaum, ZZP. 34 127/8, 144.

[27]) Vgl. o. § 111 [8] und u. § 113. In der Lehre von der Sukzession und der Prozeßbeendigung ist auf diesen Punkt zurückzukommen.

[28]) Diesen Fall behandelt die Entscheidung des bayerischen ObLG. in Seuff. Arch. 52 Nr. 194. [29]) Vgl. ZZP. 20 468.

[30]) Vgl. RG. in Seuff. Arch. 54 Nr. 59 (Kläger: „Reederei des englischen Dampfers Alton").

[31]) Der Nachlaß wird ganz korrekt als Partei bezeichnet, wenn er ein selbständiges Sondervermögen ist und z. B. der Pfleger als sein Vertreter prozessiert. S. o. Bd. 1 § 44. [32]) Vgl. RG. bei Gruchot 40 385 f.

[33]) Diesen Fall behandelt RG. 35 S. 362 f.

[34]) Dies folgt aus § 268 Nr. 1. Vgl. auch die Entsch. in Note 28. Soweit es sich um die Berichtigung von bloßen Ungenauigkeiten handelt, sind sie, wie das RG.

Anders liegt es, wenn durch Bezeichnungen der besprochenen Art der Versuch gemacht und aufrecht erhalten [35]) wird, als juristische Person oder als selbständiges Sondervermögen zu klagen oder eine angeblich solche zu verklagen, obwohl die in Frage kommende Einrichtung wegen Mangels der juristischen Persönlichkeit die Parteifähigkeit nicht besitzt, welche die unter jenem Namen klagenden Personen für sie in Anspruch nehmen oder die der beklagten Einrichtung zugeschrieben wird.

Die Eigentümlichkeit und Schwierigkeit liegt bei dieser Situation darin, daß von der Beantwortung derselben Frage [36]) sowohl die juristische Existenz der angegebenen Partei als auch ihre Parteifähigkeit und die Legitimation der angeblichen gesetzlichen Vertreter abhängt. [37]) Wird die Parteifähigkeit verneint, so ist die Klage als unzulässig abzuweisen. Aber es wäre ein logischer Widerspruch, wenn man nun der Einrichtung, der man die juristische Persönlichkeit abgesprochen hat, die Prozeßkosten aufbürden oder zusprechen wollte. Deshalb muß es in *dieser* Beziehung so gehalten werden, wie in den Fällen unter 2 (bei Note 10). In die Prozeßkosten ist die Person zu verurteilen, die es versucht hat, unter dem Namen jener nicht parteifähigen Einrichtung einen Prozeß zu führen. Aus der Prozeßvollmacht ergibt sich, wer dies ist. [38])

III. *Parteivertretung*. Die Klagschrift kann außer dem Kläger und Beklagten noch andere Personen nennen, ohne daß diese eine Parteirolle erhalten. Dahin gehören

1. die gesetzlichen Vertreter, die als solche zu behandelnden Organe der juristischen Personen und die Prozeßbevollmächtigten. Zweifel können nur bei den ersteren entstehen. Zum *wesentlichen* Inhalt der Klagschrift

---

(Note 30) mit Recht bemerkt, auch noch in der Revisionsinstanz zulässig. Soweit es sich um Nachholung von fehlenden Angaben handelt, sind die o. in § 67 entwickelten Grundsätze maßgebend. Mit Recht gestattet das Kammergericht in dem bei Note 33 bezeichneten Falle, daß die dem Direktor des Gaswerkes zugestellte Klage dem Vorstand der Aktiengesellschaft nachträglich zugestellt und als Klage gegen diese aufrecht erhalten wird. Damit ist es natürlich unvereinbar, daß noch weiter mit dem Direktor des Gaswerks verhandelt wird, und aus diesem Grunde hätte der von diesem bestellte Rechtsanwalt zurückgewiesen werden müssen. Über solche Parteibezeichnung handelt Weizsäcker, ZZP. 27 72 f.

[35]) Gegensatz: es wird eine zulässige Verbesserung der Parteibezeichnung vorgenommen (Note 34).

[36]) Z. B. von der Frage, ob die Gesamthändergemeinschaft als eine Organisation mit Parteifähigkeit zu betrachten ist (bejaht von Gierke und Seuffert, verneint o. Bd. 1 § 46 III) oder ob ein Krankenhaus eine *selbständige* Anstalt oder nur eine unselbständige Abteilung des städtischen Organismus ist.

[37]) Darin liegt der Unterschied von den unter 3 (S. 302) behandelten Fällen. Ist der nichtrechtsfähige Verein als nicht klagberechtigt zu erachten, so wird der *Verein* in die Prozeßkosten verurteilt. — Der im Text hervorgehobene Unterschied ist o. Bd. 23 III, 1 a. E. (bei Note 27) nicht genügend beachtet.

[38]) RG. 35 S. 364 (I. S.) erkennt mit Recht die Befugnis des Direktors einer nicht parteifähigen Fabrik an, den Mangel der Parteifähigkeit der Fabrik durch einen Anwalt geltend zu machen. Diesen kann er natürlich nicht im Namen der Fabrik, sondern nur im eigenen Namen bevollmächtigen. Vgl. auch u. § 125 [54].

gehört nur die bestimmte Bezeichnung der **Partei** (§ 253 ^{II} Nr. 1); aber die Klagschrift **soll** als vorbereitender Schriftsatz auch den gesetzlichen Vertreter nennen (§ 253 ^{IV}, § 130 Nr. 1).

Dies geschieht korrekt in der Weise, daß z. B. der Name des Mündels (A) als des Klägers angegeben und hinzugefügt wird: „Vertreten durch den X als Vormund“. Dasselbe bedeutet es aber, wenn als Kläger oder Beklagter „der X **als Vormund** des A“ bezeichnet ist.[38a]) Der in dieser Weise vorgenommene Prozeßakt ist ebenso auszulegen, wie ein so abgeschlossenes Rechtsgeschäft. Der einer Erklärung hinzugefügte Zusatz „als Bevollmächtigter“, „als Vormund“ usw. bringt zum Ausdruck, daß Subjekt der aus dem Rechtsakte entspringenden Wirkung **nicht** der Handelnde, sondern **ausschließlich** der so als Vertretener Bezeichnete werden soll. Bleibt im Prozeß ein Zweifel übrig, so ist er durch Ausübung des Fragerechts (§ 139) zu beheben.[39])

Dieselbe Frage begegnet uns, wenn in der Klagschrift nichtrechtsfähige Personenvereinigungen oder Vermögensmassen, die „als solche“ klagen und verklagt werden können (die selbständigen Sondervermögen), als Partei auftreten. Es wurde bereits früher (Band 1 §§ 44/7) nachgewiesen, daß diejenigen Personen, denen die Verwaltung dieser eigenartigen Gebilde zusteht, sowohl im rechtsgeschäftlichen Verkehr als auch im Prozesse weder im eigenen Namen,[40]) noch im Namen der Subjekte jener Vermögensmassen (der Ge-

---

[38a]) Der Unterschied zwischen Partei und Vertreter wird verwischt bei der Auffassung, die Hölder, Natürliche u. Jur. Personen (1905) vertritt. Vgl. z. B. S. 301: „Die Belangung des rechtsfähigen Vereins ist Belangung seines Vorstandes“, S. 265: „Die sog. privaten Rechte und Verbindlichkeiten der Stiftung sind amtliche Rechte und Verbindlichkeiten der Stiftungsverwaltung“. Dem unter Vormundschaft Stehenden (der „unselbständigen Person“) wird die aktive und passive Persönlichkeit abgesprochen (S. 108). „Die gesetzliche Vertretung des Privatrechts bedeutet die Ersetzung der privaten Zuständigkeit . . . durch die amtliche Zuständigkeit eines anderen.“ „Der Schuldner eines Handlungsunfähigen . . . hat weder jenen noch diesen (den gesetzlichen Vertreter) zum Gläubiger im vollen Sinne des Wortes“ (S. 125).

[39]) Man denke etwa an die Fälle der §§ 1632, 1800 BGB.

[40]) D. h. nicht so, daß sie selbst Partei werden und also die Wirkungen des Prozeßverhältnisses (z. B. die Prozeßkostenpflicht) in **ihrer** Person eintreten. Bezeichnet man unsere Vertreter als „Parteien kraft Amtes“ (vgl. o. Bd. 1 § 47 II), nimmt man aber an, daß diese ihre Eigenschaft (ich **nenne** sie auch: gesetzliche Vertretungsmacht) gemäß § 56 von Amts wegen zu prüfen ist, und gibt man zu, daß die Wirkungen ihrer Handlungen nicht ihre Person, sondern **lediglich** das Vermögen, das sie verwalten, treffen und daß überhaupt die für gesetzliche **Vertreter** geltenden Vorschriften auf sie Anwendung finden, so ist zwischen der hier vertretenen Theorie und der Amtstheorie nur ein Unterschied in der Formulierung. Undurchführbar ist die Amtstheorie in **privatrechtlicher** Beziehung. Unser Recht kennt allerdings Personen, die ein fremdes Vermögen kraft eigenen Rechtes und **im eigenen Namen** verwalten. Aber die Rechte, die sie als solche erwerben, erwerben sie für sich, und es bedarf einer Surrogationsvorschrift (wie wir sie beim Ehemann in § 1381, nicht aber beim Testamentsvollstrecker usw. haben), um die Rechte auf das Subjekt des verwalteten Vermögens überzuleiten. Und Verpflichtungen, die sie als solche übernehmen, belasten solche Verwalter selbst, und es kann nur in Frage kommen, ob nicht aus besonderem Grunde aus **ihrer** Verpflichtung **auch** das Subjekt des Vermögens haftet (vgl. z. B. BGB. § 1443, beschränkte Haftung der Frau). Die Verpflichtungs-

sellschafter, des Gemeinschuldners, des Erben usw.)[41] zu handeln haben, sondern im Namen der Gesellschaft, der Konkursmasse usw. Diese Gebilde sind zwar keine juristischen Personen, sondern es handelt sich um Sondervermögen, also Teile des Vermögens der Mitglieder der Vereinigung, des Gemeinschuldners usw. Aber trotzdem schreibt ihnen das Gesetz in mehr oder weniger weitgehender Weise eine Rechtsfähigkeit zu, wie sie juristischen Personen zukommt, und sagt insbesondere, daß sie „als solche“ klagen und verklagt werden,[41a]) d. h. eben Partei sein können oder doch wenigstens als Partei zu behandeln sind.[42]) Die Kehrseite ist, daß es den Verwaltern hier nicht zukommt, suo nomine in Rechte und Pflichten einzutreten, daß sie also auch nicht im eigenen Namen über die Rechtsverhältnisse jener Sondervermögen zu prozessieren haben. Vielmehr entspricht ihre Rechtsstellung sowohl für den rechtsgeschäftlichen Verkehr als auch für den Prozeß der Stellung, die die Organe einer juristischen Person haben.[43])

Hiernach ist es, um gemäß ZPO. § 253 II Nr. 1 die Partei zu bezeichnen, erforderlich und genügend, wenn die X'sche Konkursmasse,[44]) der Nachlaß des A oder die sonstige (selbständige) Vermögensmasse oder die Handelsgesellschaft oder der Verein (natürlich unter der Firma oder dem Vereinsnamen[45])) als Kläger oder Beklagte genannt werden. Um dem

---

geschäfte des Konkursverwalters erzeugen nur und direkt Masseschulden (KO. § 59 Nr. 1), die des Testamentsvollstreckers nur und direkt Nachlaßverbindlichkeiten (BGB. § 2206 II a. E.).

[41]) So die o. Bd. 1 § 47 I, III bezeichneten Schriftsteller. Wach I 520f. nimmt in den Fällen, in denen Personenvereinigungen oder Vermögensmassen „als solche“ klagen oder verklagt werden können, „einen formellen Parteibegriff“ an. Die Unterscheidung fällt in sich zusammen, wenn der o. § 111[2] bezeichnete „materielle Parteibegriff“ (= Subjekt des Rechtsverhältnisses) aufzugeben ist.

[41a]) ZPO. § 50 II, BGB. § 124, ZPO. §§ 17, 171, vgl. auch o. Bd. 1 § 23 bei Note 14, § 43 a. E., § 46.

[42]) Vgl. o. Bd. 1 § 46. Unsere Formulierung will nicht mehr sein, als der Versuch einer kurzen Bezeichnung des Gesichtspunktes, unter dem die singuläre und höchst komplizierte Situation der Konkursmasse usw. zu betrachten ist, nicht mehr als eine Definition, die bestrebt ist, die einzelnen im Gesetz ausgesprochenen und die noch zahlreicheren unausgesprochenen, aber von den Verständigen postulierten Rechtssätze so unter einem höheren Gesichtspunkt zusammenzufassen, daß die einzelnen Rechtssätze als eine Ableitung aus der Definition erscheinen. Die vorhandenen Singularitäten kann keine Theorie beseitigen, so auch nicht Kohler mit seinen „stillschweigenden“, „konstruktiven“ juristischen Personen (Lehrbuch 1 354f., anders noch Leitfaden des Konkursrechts (2) 171, wo von „Sondervermögen mit besonderer juristischer Persönlichkeit“ die Rede ist), so nicht Leonhard mit seinen „verkannten juristischen Personen“ (Allg. Teil 110 1), so nicht Meurer, Jur. Pers. 72f. mit seinen Personenvereinigungen, die „nach außen wie eine juristische Person funktionieren“, so nicht Goldschmidt, Nachlaßpflegschaft (Berl. Diss. 1905), der mit dem Begriff der „Quasiperson“ operiert, am wenigsten aber die Theorie der „Partei kraft Amtes“.

[43]) Dies gilt auch für den Testamentsvollstrecker, soweit er den Nachlaß zu verwalten hat. (Deshalb wird er in BGB. § 207 ein „Vertreter“ — scil. des Nachlasses — genannt.) Bei Aufgaben, die darüber hinausgehen, muß er natürlich eine ganz andere Stellung haben. Hier hat er auch suo nomine zu klagen, vgl. o. Bd. 1 § 44 [37, 38]. Er hat eben eine Doppelstellung.

[44]) In der Praxis ist diese Formulierung die gewöhnliche.

[45]) Werden alle Gesellschafter oder Vereinsmitglieder als Kläger oder Beklagte

§ 130 Nr. 1 (Angabe des gesetzlichen Vertreters) zu genügen, wird in korrekter Ausdrucksweise hinzugefügt: „Vertreten durch den Konkursverwalter X" (Nachlaßpfleger usw.), bei der offenen Handelsgesellschaft: „Vertreten durch den X und Z als die vertretungsberechtigten Gesellschafter",[46]) bei dem nicht rechtsfähigen Verein: „Vertreten durch den Vorstand, die Herren X und Z".

Klagt aber der X „als Verwalter der A'schen Konkursmasse" oder belange ich „den X als den Verwalter des A'schen Nachlasses", so kann eine unbefangene Auslegung zu keinem anderen Ergebnisse gelangen, als wenn der Verwalter unter Hinweis auf seine Verwaltereigenschaft eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgegeben oder empfangen hat. In beiden Fällen ist er ebenso wie der Vormund oder das Organ einer juristischen Person zwar Subjekt der Handlung, aber es wird unzweideutig zum Ausdruck gebracht, daß Subjekt der von ihr abhängigen Rechtswirkung die Konkursmasse usw. sein soll. Diese soll berechtigt und verpflichtet werden; sie und nur sie soll Partei sein. Das ist der Sprachsinn jener Formulierungen. Dieser ist maßgebend für die hier untersuchte Frage, wer Partei **ist**. Er ergibt aber auch ein Resultat, welches die bezeichnete Partei als parteifähig und als die richtige Partei erscheinen läßt.

2. Wie der als Vertreter Auftretende nicht Partei ist, so wird ein nicht als Kläger oder Beklagter Bezeichneter auch nicht dadurch zur Partei des Rechtsstreits, daß er in der Klagschrift als das Subjekt des Rechtsverhältnisses bezeichnet wird, über das der Kläger oder Beklagte im eigenen Namen prozessieren will oder soll.

Es handelt sich hier um die offene Prozeßstandschaft. Sie ist im heutigen Recht in einer größeren Zahl von Fällen zugelassen,[47]) so daß also derjenige, der über das fremde Recht prozessiert, das Prozeßführungsrecht hat, obwohl er den Rechtsstreit nicht über eigenes Recht und nicht über eine eigene Verpflichtung führt.[48])

---

aufgeführt, so ist damit noch keineswegs die Gesellschaft oder der Verein Partei geworden. Die Nennung der Firma ist hier nicht nur abgekürzte Bezeichnung der Gesellschafter, sondern Angabe einer anderen Partei, ebenso wie es ein gewaltiger Unterschied ist, ob über die Gesellschaft oder alle Gesellschafter Konkurs eröffnet wird. Es ist ja auch möglich, die Gesellschaft und neben ihr alle oder einzelne Gesellschafter zu verklagen, so daß sie Streitgenossen sind. Daraus erhellt handgreiflich, daß die Bedeutung des § 124 HGB. („als solche klagen oder verklagt werden") nicht darin gefunden werden kann, daß das Gesetz gestatte, die Gesellschafter (die von den Gegnern als Partei betrachtet werden) unter einem Kollektivnamen (Firma, Verein) zu bezeichnen, wie dies von den Anhängern der „formellen Parteifähigkeit" angenommen wird (vgl. o. Bd. 1 § 47 III, 2). Zu RG. 57 Nr. 20 vgl. o. Note 23.

[46]) Die Namen der Gesellschafter, die von der Vertretung ausgeschlossen sind, sind nicht zu nennen. Als Streitgenossen der Gesellschaft (Note 45) können auch sie belangt werden.

[47]) Auch wenn dies nicht der Fall ist, ist der in Prozeßstandschaft Auftretende die Partei.

[48]) Im allgemeinen vgl. o. Bd. 1 § 49 IV i. A. Die einzelnen Fälle sind erörtert: a) Prozeßführungsrecht über fremde Rechte in Bd. 1 § 49 IV, 1—3 (der Ehemann im Falle des § 1380, vgl. auch § 1443; der Konkursverwalter hinsichtlich der Gläubigeranfechtungsrechte und im Falle HGB. §§ 171, 217; der Universitätsquästor [§ 49[38]]),

Klagt eine Ehefrau „im Beistande des Mannes“,[49]) so kann der Sinn dieser Formulierung zweifelhaft sein. Sie kann bedeuten: 1. daß der Mann als Mitkläger (Streitgenosse) auftritt,[50]) 2. oder daß er sich als Nebenintervenient am Prozesse der Frau beteiligen will, 3. oder endlich auch nur, daß er der Frau die Einwilligung zu ihrer (alleinigen) Prozeßführung gegeben habe.

Sowohl im ersten als im zweiten Falle muß der Ehemann, um Kläger bzw. Intervenient zu werden, die Zustellung betreiben und dem etwaigen Prozeßvertreter Vollmacht erteilen. Hat er dies getan, so liegt darin ein für die Auslegung bedeutsames Moment. Soll jene Formulierung nur sagen, daß der Mann seine Einwilligung zum Prozesse gegeben habe, so bleibt der Mann ganz außerhalb des Prozeßverhältnisses. Die Zustimmung hat nur Bedeutung für das Prozeßführungsrecht der Frau (§ 1400 II) und für die Wirkung, die das Urteil gegenüber dem Manne hat.[51]) Dieser ist weder Haupt-, noch Nebenpartei.[52])

Eine Prozeßführung unter Beistandschaft kennt die ZPO. als eine besondere Prozeßfigur (außer der Nebenintervention) nicht.

3. Noch weniger ist ein Dritter deshalb Partei, weil der Kläger sich fälschlich als das Subjekt eines Rechtes ausgegeben hat, das in Wahrheit dem Dritten zusteht,[53]) oder weil der Beklagte mit Unrecht als der Verpflichtete angegeben wurde, während es der Dritte ist.[54]) In solchen Fällen ist der Dritte das Subjekt des streitigen Rechtsverhältnisses und der Interessent; trotzdem ist er deshalb noch nicht die Partei des Rechtsstreits.

Noch weniger kann er dies deshalb sein, weil das streitige Recht juristisch zwar dem Kläger zusteht, von diesem aber ausschließlich oder vorwiegend für Rechnung des Dritten geltend gemacht wird. So z. B., wenn der Kommissionär aus der Kommissionsforderung für Rechnung des Kom-

---

in § 49 V 4, 5 und § 52 (Veräußerung während des Prozesses gemäß ZPO. § 265), in § 32 7a (Treuhänder des Hypothekenbankgesetzes). Hinzuzufügen ist der Fall des Urheberrechtsgesetzes § 7 II. Auch der Prokuraindossatar? Die herrschende Meinung nimmt an, der Prokuraindossatar sei nur Bevollmächtigter [so Staub, WO. §§ 3, 17, ROHG. 22 S. 175/6]. Die Entsch. des RG. 32 S. 78 scheint auf die Rechtsfigur der Prozeßstandschaft hinauskommen zu wollen. Dies ist wohl auch zutreffend. Gaupp-Stein, Erl. VII 19 zu § 80 bezeichnet den Prokuraindossatar als Partei. — Weiterer Fall im bayer. Notariatsgesetz Art. 52 I. — Kohler, Encycl 2 86 rechnet hierher auch die Prozeßführung des nicht rechtsfähigen Vereins über die Rechtsverhältnisse seiner Mitglieder. b) Über Prozeßführungslast über fremde Verpflichtungen handelt Bd. 1 § 50 V (Schiffsgläubiger), § 50 VII, § 51 I 2, 4, II 1, 2. — Nicht hierher gehören die Fälle der §§ 632 (Staatsanwalt u. Dritte), 664 II, 666, 679 II, 686 III (Staatsanwalt im Entmündigungsprozeß), §§ 957/8, 973/6 (vgl. darüber o. Bd. 1 § 49 bei Note 4), noch weniger die Klage des Nießbrauchers und Pfandgläubigers (an Rechten), vgl. o. Bd. 1 § 49 23a c. cit.

[49]) Über diese früher in den Gebieten des preuß. Rechts übliche Ausdrucksweise vgl. Thiele, Arch. f. ziv. Pr. 82 45 f.

[50]) Darin liegt dann die Einwilligung zur Prozeßführung der Frau (BGB. § 1400 II) und umgekehrt auch die Zustimmung der Frau zur Prozeßführung des Mannes, der ja bezüglich der Rechte des eingebrachten Guts auch allein hätte klagen können (BGB. § 1380).

[51]) Vgl. o. Bd. 1 S. 350. [52]) So auch RG. in JWSchr. 1905 S. 208.

[53]) Vgl. z. B. BGB. § 407 II (der Zedent klagt aus der ihm nicht mehr zustehenden Forderung) und die vielen o. Bd. 1 §§ 54/6 aufgeführten Fälle, in denen die Prozeßführung des Nichtberechtigten Wirkung gegen den Berechtigten hat, obwohl dem Kläger das zivile Recht und das Prozeßführungsrecht fehlen.

[54]) Beispiele ergeben sich aus BGB. §§ 1048, 1118, 1344, 1435, vgl. o. Bd. 1 §§ 54/6.

mittenten klagt oder wenn der Inkassomandatar ein ihm fiduziarisch durch Abtretung oder Vollindossament übertragenes Recht geltend macht.[55]) Auch in Passivprozessen ist solche Interesselosigkeit der Partei möglich, ohne daß sie deshalb aufhört, ausschließlich die Partei zu sein, so z. B. wenn der auf Schadensersatz Belangte seine volle Deckung von einer Unfallversicherungsgesellschaft erhalten wird, also lediglich für deren Rechnung den Prozeß führt.

§ 113.

III. Prüfung der Parteifähigkeit und der Identität.

I. Die Parteifähigkeit ist von Amts wegen zu prüfen (§ 56 I). Was in dieser Beziehung bezüglich der Prozeßfähigkeit und der Legitimation der gesetzlichen Vertreter gilt, gilt hier entsprechend.[1]) Die Frage der Parteifähigkeit wird häufig in untrennbarem Zusammenhang mit dieser Legitimationsfrage stehen. Einstweilige Zulassung ist auch hier nach Maßgabe des § 56 II möglich, wenn die Parteifähigkeit nicht sofort außer Zweifel gestellt werden kann oder wenn zu erwarten steht, daß die juristische Person, in deren Namen vor ihrer Entstehung prozessiert wird, bald die Rechtsfähigkeit erlangen kann und die Prozeßführung genehmigen wird.[2]) Vorausgesetzt ist hierbei, daß die juristische Person als eine bereits bestehende

---

[55]) In der Judikatur des RG. (z. B. 51 S. 158, 52 Nr. 57, 53 Nr. 104) und in der ihr folgenden Literatur (vgl. zuletzt Wienstein, DJZ. 1905 S. 834) werden juristische und wirtschaftliche Gesichtspunkte nicht genügend auseinander gehalten. RG. 53 S. 417 spricht von einer „unter der Form der Zession erteilten Vollmacht“, während doch Zession und Vollmacht (= Macht zur Vertretung in der Einklagung der dem Dritten noch zustehenden Forderung) Gegensätze sind, ferner von einer „Übertragung des Rechts, ohne (!) daß die Forderung in das Vermögen des (beauftragten) Zessionars überging“, wo durch diesen Nachsatz, der nur für das wirtschaftliche Verhältnis richtig ist, das verneint wird, was der Vordersatz als vorhanden voraussetzt (nämlich die Übertragung im juristischen Sinne). Es ist juristisch nicht möglich, daß ein Recht nur formell zusteht, materiell aber nicht zusteht. Juristisch ist der Zessionar ebenso das alleinige Subjekt der zu Inkassozwecken übertragenen Forderung, wie es der Kommissionär ist. Nur im wirtschaftlichen Sinne kann man sagen, daß die Forderung noch dem Zedenten oder schon dem Kommittenten zustehe. Mit demselben Rechte könnte man dann aber sagen, der Verkäufer sei vor der Auflassung nur noch formell der Eigentümer, materiell sei es schon der Käufer. Die Resultate, die das RG. will, sind z. T. zutreffend, aber sie müssen in anderer Weise begründet werden, vgl. o. Bd. 1 § 40, II 5, m. Rechtskr. 38 f., 290/5, § 67 bes. S. 506 [67].

[1]) Vgl. u. §§ 118 (S. 342 f.), 125.

[2]) So z. B., wenn die in der Bildung begriffene Aktiengesellschaft oder die Stiftung, deren Genehmigung (BGB. § 80) noch aussteht, oder die in der Bildung begriffene Schulgemeinde (vgl. RG. bei Gruchot 35 1186) voreilig verklagt ist oder geklagt hat (durch die Person, die Vorstand werden wird). Entsteht die juristische Person nun während des Prozesses, so ist Genehmigung der bisherigen Prozeßführung nötig. Sie kann versagt werden, weil der Vorstand vor der Entstehung keine Vertretungsmacht hatte. So auch Gaupp-Stein, Erl. VII zu § 50, RG. bei Gruchot 35 1185. Vgl. Note 3.

Partei bezeichnet ist, so daß also die Erlangung der Rechtsfähigkeit nicht eine neue Partei einführt. Anders ist es, wenn der Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins als eines solchen prozessiert hat. Erlangt dieser während des Prozesses die Rechtsfähigkeit, so erlischt die alte Partei,[3]) und die neue tritt im Wege der Sukzession an ihrer Stelle in das Prozeßverhältnis ein.[4])

II. Prüfung der Identität.

1. Aus der Amtspflicht des Gerichts, die Parteifähigkeit, die Prozeßfähigkeit und die Legitimation der Vertreter zu prüfen (§ 56), ergibt sich bereits indirekt die Pflicht, zu prüfen, ob die klagende oder verklagte Partei der Träger des Namens ist, unter dem sie auftritt. Durch den Namen und Stand wird die Person individualisiert. Ohne Prüfung der Identität läßt sich gar nicht feststellen, ob die Momente, von denen die von Amts wegen zu prüfenden Eigenschaften und Befugnisse abhängen, bei der konkreten Person zutreffen.[5])

Dazu kommt noch ein zweiter Grund. Durch jene Merkmale (Namen und Stand) bezeichnet das Protokoll und das Urteil die Personen, die vor Gericht gehandelt haben. Im Protokoll und im Tatbestand des Urteils wird nicht nur bekundet, daß eine Person aufgetreten ist, die sich jenen Namen beilegte, sondern daß der Träger dieses Namens vor Gericht gehandelt hat.[6]) Dieses kann aber nur beurkundet werden, wenn kein Zweifel über die Identität der Person besteht.[7]) Das alles gilt ebenso für die Partei, wie für die als gesetzlicher Vertreter auftretende Person. Auch wenn ein Bevollmächtigter handelt, hat das Gericht überall da, wo es seine Legitimation zu prüfen hat,[8]) sowohl zu prüfen, ob der Auftretende der in der Vollmachtsurkunde Benannte ist, als auch, ob ihr Unterzeichner die Person ist, als die er sich bei der Unterzeichnung ausgegeben hat.[9])

---

[3]) Vgl. o. § 112 bei Note 27.

[4]) Vgl. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit (2) 9, Nußbaum, ZZP. 34 128. In diesem Falle ist (wegen der Sukzession) Genehmigung nicht erforderlich. Vgl. Note 2.

[5]) Prozessiert eine Firma, so muß die als Inhaber auftretende Person nachweisen, daß sie der Inhaber der Firma ist, so namentlich, wenn die Firma einen anderen Namen hat als der Auftretende, und ganz besonders, wenn die Firma eine Gesellschaftsfirma ist (ihr Inhaber kann auch ein Einzelkaufmann sein).

[6]) In dieser Beziehung besteht kein prinzipieller Unterschied zwischen dem Protokoll der streitigen und dem der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Auch in dem Sitzungsprotokoll (§ 159 Nr. 4) wird nicht etwa nur beurkundet, daß nach Angabe der Erschienenen der A und B gehandelt haben, sondern es gibt schlechthin „die Namen der erschienenen Parteien" usw. an.

[7]) Ebenso hat der Zustellungsbeamte zu beurkunden, „welcher Person zugestellt ist" (§ 191 Nr. 4). Er bezeugt damit, daß der Empfänger der Träger des angegebenen Namens ist, und begründet damit Beweis nach Maßgabe von § 418.

[8]) § 88. Im Anwaltsprozeß hat das Gericht sich mit der Versicherung des Rechtsanwalts, von der Partei bevollmächtigt zu sein, zu begnügen, bis der Gegner sie beanstandet hat. Tritt der Anwalt im Namen einer Firma auf, so hat das Gericht zu prüfen, welcher Art die Firma ist (Einzelkaufmann, Gesellschaft), weil hiermit die Frage der gesetzlichen Vertretung zusammenhängt (§ 56).

2. Die Notwendigkeit, die Identität zu prüfen, bedeutet nicht, daß das Gericht in jedem Falle von dem vor ihm Auftretenden einen Paß verlangen müßte. Der Gebrauch eines falschen Namens vor Gericht ist mit Strafe bedroht, noch mehr aber die Herbeiführung einer falschen gerichtlichen Beurkundung (1) und der Gebrauch einer gefälschten Vollmachtsurkunde.[10]) Schon mit Rücksicht hierauf wird das Gericht in der Regel den Auftretenden als den gelten lassen, als den er sich ohne Widerspruch seines Gegners vorstellt. Das heißt aber nicht, daß das Gericht die Prüfung der Identität nicht vorzunehmen habe,[11]) sondern daß sie in der Regel zu dem Ergebnis führt, daß die Identität vorhanden ist.

III. Ergibt sich, daß die vor Gericht auftretende Person sich einen falschen Namen beigelegt hat, so hat dies je nach den Umständen verschiedene Folgen.

1. Führung des ganzen Prozesses unter falschem Namen.

Legt sich der Kläger bei der Klagerhebung (in der Klagschrift) einen ihm nicht zukommenden Namen bei, so ist nicht der wirkliche Träger des Namens, sondern diejenige Person Partei, die unter dem unrichtigen Namen geklagt hat. Würde man dies nicht annehmen, so würde, falls ein Träger dieses falschen Namens nicht existiert, überhaupt die Partei fehlen.

Ebenso ist es, wenn die Klagschrift einer bestimmten Person unter Beilegung eines falschen Namens zugestellt wird.[12]) Nicht der Träger dieses Namens ist Beklagter, sondern diejenige Person, gegen die die Klage als gegen den Träger dieses Namens erhoben ist.

Ist dem Schauspieler Adolf Conrad unter seinem Theaternamen Adolf Darnoc die Klage zugestellt, so ist er der Beklagte. Existiert ein berechtigter Träger dieses Namens nicht, so ist der Prozeß nicht ohne beklagte Partei; lebt ein Träger dieses Namens, so ist er nicht deshalb Beklagter, weil die Klagschrift ihn nennt. Denn nicht durch die Benennung in dieser wird man Partei,[12a]) sondern durch die Zustellung. So ist auch die vom Ehemanne getrennt lebende Ehefrau A nicht dadurch zur beklagten Partei geworden, daß der Kläger dem Fräulein X, das unter dem Namen der Ehefrau A beim Kläger wohnt, die Klage zustellen läßt. Existieren zwei Träger

[9]) Daher auch das Recht des Gegners, schlechthin die Beglaubigung der Vollmachtsunterschrift zu verlangen (§ 80).

[10]) StGB. § 360 Nr. 8, §§ 271, 2, 267.

[11]) So Skonietzki und Gelpcke, Erl. 2 zu § 56, die sich mit Unrecht auf RG. bei Gruchot 40 410 berufen, wo nur gesagt wird: „Daß der Kläger im Urkundenprozesse bereits mit der Klage einen urkundlichen Beweis seines Handelsnamens vorlege, könne ebensowenig gefordert werden, als daß er vorsichtshalber seinen bürgerlichen Namen mit einem Taufscheine oder Auszuge aus dem Geburtsregister schon in der Klage belege.“ Das ist vollkommen richtig. Zutreffend Frank, ZZP. 13 245.

[12]) Es kommt natürlich darauf an, wer Zustellungsadressat ist, nicht aber darauf, an wen die Zustellung im Wege der Ersatzzustellung ausgeführt wird.

[12a]) Auf dieser Annahme beruht wohl die Polemik von Örtmann, DJZ. 1906 S. 737 (unter b) gegen meine Ausführung in DJZ. 1906 S. 68 f., die den im Text folgenden Fall behandelt. Gegen sie erklärt sich auch Lippmann, DJZ. 1906 S. 442.

desselben Namens (z. B. Gastwirt August Schulze), so ist weder jeder von ihnen die beklagte Partei dieses Prozesses, noch ist es der Schulze, den der Kläger meint, sondern schlechthin derjenige Schulze, dem die Klage zugestellt ist.[13][14]

Auch dadurch wird die Antwort auf die Frage, wer Partei ist, nicht verändert, daß die Partei nicht selbst handelt, sondern unter der falschen Bezeichnung einen Prozeßvertreter bestellt hat. Er vertritt nicht den berechtigten Träger des Namens, sondern diejenige Person, die ihm die Vollmacht unter jenem Namen und als Träger desselben erteilt hat. Die Vollmachtsurkunde allein ist nicht entscheidend.[14a]

Im Laufe des Verfahrens ist es zulässig, die falsche Bezeichnung zu verbessern, sobald sie als solche feststeht und der richtige Name genannt wird.[15] Wird die falsche Bezeichnung nicht aufgedeckt und geht sie in das Urteil über, so berührt dieses, falls ein Dritter mit dem angenommenen Namen existiert, diesen nicht. Es ist nicht gegen ihn gefällt, sondern unter falschem Namen gegen jene Partei. Der Dritte hat deshalb keine Veranlassung und auch kein Recht dazu, das Urteil mit der Nichtigkeitsklage (§ 579 Nr. 4) anzufechten.[16] Die Wirksamkeit des Urteils für und gegen die Partei, für oder gegen die es erging, wird dadurch nicht berührt, daß sie mit falschem Namen bezeichnet ist, auch dann nicht, wenn sie jetzt unter ihrem richtigen Namen lebt.[17]

---

[13]) Dieser Schulze muß sich deshalb gegen die Klage wehren, wenn er verhüten will, daß ein Urteil gegen ihn ergeht und rechtskräftig wird. (Eine Nichtigkeitsklage hat er nicht.)

[14]) Wird die Klage einer anderen Person (Adolf Meier) zugestellt, als derjenigen, die die Klagschrift nennt (Adolf Maier), so bewirkt diese Divergenz, daß der Klagerhebungsakt mangelhaft ist. Über diese von der hier besprochenen durchaus verschiedene Situation vgl. o. § 68 S. 256.

[14a]) So wird auch in dem oben bezeichneten Ehescheidungsprozesse die Ehefrau A nicht dadurch nachträglich zur Partei, daß das Fräulein X, der die Klage zugestellt ist, dem Rechtsanwalt unter dem Namen der Ehefrau A eine Vollmacht ausstellt. — Ganz anders wäre es, wenn der Ehemann, nachdem seiner Ehefrau (im Wege der Ersatzzustellung) die Klage gehörig zugestellt war, das Fräulein X veranlaßt hätte, sich dem Rechtsanwalt gegenüber als Frau A auszugeben und eine Vollmacht auszustellen. Würde auf diese Weise der Scheidungsprozeß hinter dem Rücken der Ehefrau durchgeführt, so wäre das auf ihren Namen gefällte Urteil in der Tat von ihr wegen nicht gehöriger Vertretung anzufechten.

[15]) Auch von Amts wegen ist die Verbesserung des Klagrubrums vorzunehmen. (Sogar für die Revisionsinstanz erachtet das RG. dies als zulässig, vgl. z. B. Seuff. Arch. 54 Nr. 59.) Oder sollte das Gericht wissentlich falsche Tatsachen (z. B. daß A erschienen sei, während es B ist) beurkunden? — Daß auch der Zahlungsbefehl berichtigt werden kann, wenn der Name falsch angegeben ist, führt Schultzenstein, ZZP. 15 81 f. in überzeugender Weise aus.

[16]) Vgl. Weizsäcker, ZZP. 27 72, Hellwig, DJZ. 06 68 f. (A. M. die in Note 12a genannten Schriftsteller.) Das ist hier ebenso wie im Strafprozesse, wenn ein Angeklagter unter dem Namen eines Dritten verurteilt ist. In dem oben besprochenen Ehescheidungsprozesse sagt also das Urteil nichts anderes, als es sagen würde, wenn der A und die X vor dem Gericht gestanden hätten und das Urteil ergangen wäre: Die zwischen euch bestehende Ehe wird geschieden. — Dernburg, BR. 1 § 35 III a. E. lehrt ohne Begründung, daß eine Klage zu Gunsten eines pseudonymen Klägers oder gegen einen pseudonym Beklagten nichtig sei. — Für den Dritten kann das Interesse begründet sein, auf die Feststellung zu klagen, daß er nicht identisch mit der im Urteil bezeichneten Partei sei. (Das ist aber keine Nichtigkeitsklage!)

2. Anders ist die Beurteilung, wenn nach ordnungsmäßiger Begründung des Prozeßverhältnisses eine Täuschung über die Identität der handelnden Personen stattfindet.

a) Gibt ein Dritter sich vor Gericht als den Kläger oder Beklagten aus und wird dies aufgedeckt, so ist er — nötigenfalls nach Beweiserhebung — durch Beschluß zurückzuweisen. Gegenüber der Partei selbst treten die Folgen ein, die ihr Nichterscheinen hat (§§ 331/2).

Gelingt es dem Dritten, das Gericht und den Gegner über seine Identität zu täuschen und unter dem Namen einer der Parteien Prozeßhandlungen vorzunehmen,[18]) und ergeht ein Urteil unter der Annahme, daß die Partei selbst gehandelt habe, so liegt ein sowohl unter § 580 Nr. 4 als auch unter § 579 Nr. 4 (§ 551 Nr. 5) fallender Tatbestand vor. Zwar ist der Dritte nicht als Vertreter der Partei[19]) aufgetreten, aber man wird wohl in Ansehung der angeführten Vorschriften denjenigen, der in dieser Weise statt der Partei handelt, dem Vertreter gleich zu behandeln haben. Das ist jedenfalls zweifellos, daß die Partei weder selbst gehandelt hat, noch nach Vorschrift der Gesetze vertreten war. Zweifelhafter ist es, ob man den Dritten in dem Sinne als Vertreter behandeln darf, daß diejenige Partei, die ihn in dieser Weise handeln ließ, seine Handlung gegen sich gelten lassen muß. Aber auch dies dürfte zu bejahen sein.[20])

Entsprechend ist die Situation zu beurteilen, wenn statt des gesetzlichen Vertreters oder des Bevollmächtigten ein Dritter unter Anmaßung ihres Namens gehandelt hat.

b) Eine zweite Möglichkeit ist, daß der Dritte sich dem Anwalt gegenüber als die im Prozeßverhältnis stehende Partei ausgibt, unter dem Namen dieser Partei (unbefugt) eine Vollmacht erteilt und so den Vertreter veranlaßt hat, in dem Glauben, von der Partei bevollmächtigt zu sein, in

---

[17]) Bei der Zwangsvollstreckung kann der Gläubiger Schwierigkeiten haben, wenn sein Name oder der des Schuldners nicht richtig bezeichnet ist. Weist er den richtigen Namen nach (vgl. § 727), so ist ihm die Vollstreckungsklausel auf diesen zu erteilen, ebenso wie in dem Falle, wo eine nachträgliche Namensänderung stattgefunden hat oder wo die Firma genannt ist und (etwa zum Gebrauch vor der Grundbuchbehörde) die auf den bürgerlichen Namen gestellte Klausel gebraucht wird. Eventuell ist Klage (§ 731) nötig. (Vgl. Seuff. Arch. 44 Nr. 61 und o. Bd. 1 § 26 II 3.) Aber es ist ein nur dem böswilligen Gegner und dem Justizfiskus zugute kommender Formalismus, wenn man eine neue Klage stets für notwendig erachtet. Auch die Berichtigung des Urteils selbst ist zulässig, wie Schultzenstein (Note 15) mit Recht ausführt. Dafür auch Seuffert, Erl. 1 a. E. zu § 319, wo abweichende Meinungen und die Judikatur angeführt sind.

[18]) Nicht nur die Verhandlung, sondern auch Eidesleistungen durch eine untergeschobene Person kommen in Betracht. [19]) Vgl. u. § 120.

[20]) Demnach steht in diesem Falle der Partei, die durch eine untergeschobene Person prozessierte, die Nichtigkeitsklage nicht zu und nach § 579 II auch nicht dem Gegner. In diesem Falle ist es für den Gegner von Bedeutung, daß die Manipulation unter § 580 Nr. 4 fällt (vgl. o. Note 10) und ihm die Restitutionsklage gewährt.

deren Namen zu handeln. Dann gelten die Grundsätze über die vollmachtslose Vertretung.[21])

IV. Die Prozeßfähigkeit.*)

§ 114.

1. Begriff.

I. Im Allgemeinen.

1. Im bürgerlichen Rechte unterscheidet man die Rechtsfähigkeit und die Fähigkeit, wirksame Handlungen vorzunehmen. Die erstere ist die Fähigkeit, Subjekt von Rechtsverhältnissen (Rechten und Pflichten) zu **sein.** Die letztere ist die Fähigkeit, durch eigene Handlungen die Rechtsverhältnisse zu **gestalten,** sei es durch Rechtshandlungen (insbesondere durch Rechtsgeschäfte), sei es durch unerlaubte Handlungen. Die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte[1]) mit der Folge, daß ihre spezifische Wirkung (Geschäftswirkung) eintritt, vorzunehmen oder rechtsgeschäftliche Erklärungen eines anderen entgegenzunehmen,[2]) nennt das BGB. Geschäftsfähigkeit; die spezifische Folge der verschuldeten unerlaubten Handlung ist abhängig von der Zurechnungsfähigkeit des Täters. Beide Fähigkeiten faßte man früher unter dem Namen der Handlungsfähigkeit zusammen. Sie beruhen auf den natürlichen Eigenschaften und kommen deshalb nach den Geboten der Logik und den Vorschriften des BGB. nur bei Menschen in Betracht.[3]) Der Mangel oder die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit hindert nicht, daß in der Angelegenheit der von ihr betroffenen Person das Rechtsgeschäft vorgenommen wird. Das Eintreten oder (unter Umständen) die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gleicht den Mangel aus.

2. Im Prozesse entspricht der zivilen Rechtsfähigkeit der Begriff der Parteifähigkeit als der Fähigkeit, Subjekt von prozessualen Rechtsbeziehungen

---

[21]) Vgl. das Beispiel in Note 14a a. E. und u. § 129.

*) ZPO. §§ 51/8 (Österr. ZPO. §§ 1 bis 10). Literatur: Wach I § 47, Planck I § 44, Hellmann 246 f., Schmidt § 30 IV, Fitting § 24, Bunsen § 23, Weismann I § 24, Kleinfeller § 38. Kommentare zu §§ 51/2. — Barazetti, Z. Lehre v. d. Prozeßfähigkeit (1885), Fuchs bei Gruchot 29 590, 753, 38 241, 548, Levy das. 37 173, Thiele das. 39 601, Linckelmann, ZZP. 9 215, Pfizer das. 13 156, Bunsen das. 26 282 f. — Österr. Recht: Skedl 1 §§ 15—17, Pollak 1 § 25 c. cit.

[1]) Die Frage, inwieweit andere Rechtshandlungen die Geschäftsfähigkeit erfordern, ist streitig. Über den Begriff der Rechtsgeschäfte s. o. § 89 und die Lehre von den Prozeßhandlungen. Rechtshandlungen, die nicht Rechtsgeschäfte sind, sind solche erlaubte Handlungen (von Privaten), denen ein bestimmter Erfolgswille nicht wesentlich ist. Aber er ist bei ihnen möglich und kann dann auch rechtliche Bedeutung haben (z. B. Verarbeitung oder Okkupation für einen anderen). Vgl. bes. M. Rümelin, Arch. f. z. Pr. 93 164 f. [2]) Vgl. bes. BGB. § 131.

[3]) Vgl. u. § 116 II (juristische Personen).

zu sein.[3a]) Das prozessuale Seitenstück der Geschäftsfähigkeit ist die „Prozeßfähigkeit“ oder, wie ZPO. § 51 gleichbedeutend sagt, die Fähigkeit, „vor Gericht zu stehen“.[4]) Sie ist die generelle[5]) prozessuale Handlungsfähigkeit: die Fähigkeit, prozessuale Handlungen wirksam vorzunehmen oder entgegenzunehmen.[6]) Vielfach definiert man die Prozeßfähigkeit als die Fähigkeit, einen Prozeß selbst zu führen oder durch selbst gewählte Vertreter führen zu lassen.[7]) Da aber die Bevollmächtigung eine Prozeßhandlung ist, so ist der Zusatz ganz überflüssig; er hebt lediglich eine besonders wichtige Äußerung der Prozeßfähigkeit hervor.

3. Hat eine Person, der die Geschäftsfähigkeit mangelt, ein Rechtsgeschäft vorgenommen oder ist es ihr gegenüber vorgenommen, so ist es nichtig: es fehlt ihm von vornherein und von selbst die Geschäftswirkung völlig und definitiv,[8]) so, als wäre es überhaupt nicht vorgenommen

Anders ist es bei der Prozeßunfähigkeit wegen der Natur und der Wirkung der Prozeßhandlungen. Sie sind nur Mittel zum Zwecke der Herbeiführung der gerichtlichen Entscheidungen, deren erste die Zulassung der Klage zur Verhandlung[9]) und deren letzte die Fällung des Endurteils ist. Sie beruhen auf der Parteitätigkeit, aber die Gültigkeit der letzteren ist nicht die Bedingung für die Wirksamkeit der Gerichtsakte. Diese schöpfen ihre Kraft aus der höchsten Staatsgewalt, deren Organe die Gerichte sind. Die Gerichtsakte können mit Rücksicht auf die Fehlerhaftigkeit der Parteiakte anfechtbar sein; aber es ist unrichtig, wenn man aus der „Nichtigkeit“ der Handlungen der Prozeßunfähigen ableitet, daß „die auf ihnen aufgebauten Handlungen des Gerichts, zumal Urteile, für sie unverbindlich, nichtig seien“,[10]) wie etwa die Vertragsannahme nichtig ist, wenn sie in Beziehung auf das Vertragsangebot eines Geschäftsunfähigen erfolgte.[11])

[3a]) Vgl. darüber o. Bd. 1 §§ 43/7.

[4]) Übersetzung „legitimam personam in iudiciis habere“ (Überschrift von Cod. 3, 6). Dieser Ausdruck geht aber, wie c. 1 § 1 c. 6, 61 (personam legitimam gerere) beweist, auch auf das Prozeßführungsrecht (die Sachlegitimation in dem gewöhnlichen Sinne). Vgl. u. § 116[10].

[5]) Hiermit soll darauf hingewiesen werden, daß die prozeßfähige Partei postulationsunfähig sein kann. Vgl. unten Nr. 4.

[6]) Gemeint ist mit letzterem Ausdruck die Fähigkeit, der Adressat von Erklärungen, insbesondere Zustellungen (ZPO. § 181) zu sein (§ 171); sie entspricht der bei Note 2 bezeichneten Richtung der Geschäftsfähigkeit. Im folgenden wird unter Handlung auch diese passive Beteiligung an der Handlung des Gegners mitverstanden.

[7]) So schon die Motive zum Entw. der ZPO. §§ 50/5.

[8]) Dies ist der Begriff derjenigen Unwirksamkeit, die im Sinne des BGB. in der Regel als Nichtigkeit zu bezeichnen ist. In einem besonderen Sinne wird der Begriff der Nichtigkeit im Eherechte verwendet. Hier nähert er sich der Nichtigkeit in dem Sinne, in dem dieses Wort in der ZPO. in der „Nichtigkeitsklage“ (§§ 578, 579) gebraucht wird.

[9]) Daß diese sich hinter der unscheinbaren Form der Terminsanberaumung durch den Vorsitzenden verbirgt, darf nicht irreführen. Vgl. o. § 64.

[10]) So Planck I 217 III und die allgemeine Meinung.

[11]) Vgl. näher u. § 118 II, III.

Ein zweiter wichtiger Unterschied besteht darin, daß die Prozeßhandlungen, die ein Prozeßunfähiger vorgenommen hat, ohne Rücksicht auf den Grund der Prozeßunfähigkeit stets durch Genehmigung geheilt werden können.[12]) Bei Rechtsgeschäften eines Geschäftsunfähigen ist dies völlig ausgeschlossen,[13]) und die das Seitenstück zu den Prozeßhandlungen bildenden einseitigen Rechtsgeschäfte, die ein in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter vornimmt, sind ebenfalls absolut nichtig, wenn sie ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorgenommen sind.[14])

4. Prozeßfähigkeit und sog. Postulationsfähigkeit.

Ist die Partei prozeßunfähig, so ist sie generell unfähig, im Prozeß zu handeln.[15]) Ist sie prozeßfähig, so ist damit nicht gesagt, daß sie **jede** einzelne Art von Prozeßhandlungen selbst vornehmen kann. Vielmehr verlangt das Gesetz zur Förderung der zweckentsprechenden Art der Prozeßführung in bestimmten Fällen, daß die Prozeßhandlungen durch juristisch geschulte Bevollmächtigte (Rechtsanwälte) vorgenommen werden. Hier (im „Anwaltsprozesse") kann weder die prozeßfähige Partei, noch der gesetzliche Vertreter einer prozeßunfähigen Partei selbst handeln, es sei denn, daß sie Rechtsanwälte sind. Hier sagt man, daß die Postulationsfähigkeit fehlt.[16]) Wo sie fehlt, zeigt sich die Prozeßfähigkeit in der Bevollmächtigung des Anwalts.

Sowohl die Prozeßunfähigkeit wie die Postulationsunfähigkeit hindern also die eigene Handlung. Aber dies ist nur ein ganz äußerlicher Vergleichungspunkt. Die Gründe und Folgen sind von durchaus verschiedener Natur.

II. Wie dem Rechtsfähigen die Geschäftsfähigkeit fehlen kann und umgekehrt die letztere denkbar ist, obwohl die Rechtsfähigkeit fehlt oder beschränkt ist, so deckt sich die Parteifähigkeit nicht mit der Prozeßfähigkeit. Es gibt nicht nur sehr häufig Parteifähige, die prozeßunfähig sind, sondern denkbar sind auch Parteiunfähige, die prozeßfähig sind, so z. B. die ausländische Klosterperson, der die Rechtsfähigkeit für das streitige Rechtsverhältnis fehlt.[17])

[12]) Vgl. näher u. § 118 VI. [13]) BGB. §§ 105, 140.

[14]) BGB. § 111 (§ 111² setzt Erteilung der Einwilligung voraus).

[15]) Ausnahmen können bestehen. So kann z. B. unter der Voraussetzung des § 473 II der prozeßunfähigen Partei ein Eid zugeschoben oder auferlegt (§ 477) werden. Sie kann zur Aufklärung des Sachverhältnisses Erklärungen abgeben (§ 141). Sie kann sogar vorläufig zur Prozeßführung zugelassen werden, vgl. u. § 118.

[16]) Auch aus anderen Gründen kann sie versagt sein. Vgl. ZPO. § 157 und näher unten § 119. Im rechtsgeschäftlichen Verkehr fehlt ein entsprechender Begriff.

[17]) Obwohl die Rechtsfähigkeit dem römischen Sklaven fehlte, war er doch handlungsfähig. Heute erkennen wir die vollkommene Rechtsunfähigkeit eines Menschen nicht an. Beschränkungen der Rechtsfähigkeit kann es bei ihm auch heute noch geben. Der Satz, daß die Prozeßfähigkeit notwendig Parteifähigkeit voraussetze (so auch RG. 32 S. 175, Skonietzki-Gelpcke, Erl. 1 zu § 52) ist richtig nur insofern, als beide Fähigkeiten durch die Existenz eines Rechtssubjekts bedingt sind (so z. B. bei dem Kinde, dessen Geburt erst erwartet wird).

III. Die Prozeßfähigkeit ist in §§ 51 f. nach Wortlaut und Sinn nur als Voraussetzung für die Wirksamkeit der Parteihandlungen normiert.[18]) Für Bevollmächtigte und Beistände, die nicht Rechtsanwälte sind, wird sie durch besondere Gesetzesvorschriften ebenfalls gefordert.[19]) Für gesetzliche Vertreter gelten die Vorschriften des „Bürgerlichen Rechts“ (§ 51 ZPO.).[20])

§ 115.

2. Prozeßfähigkeit und Prozeßführungsrecht (Sachlegitimation).

I. Diese beiden Begriffe verhalten sich auf dem prozessualen Gebiete so zueinander, wie auf dem Gebiete des materiellen Rechts die Begriffe der Geschäftsfähigkeit und der Verwaltungs-, insbesondere der Verfügungsbefugnis. Die Unterscheidung dieser privatrechtlichen Begriffe ist nach jetzigem Reichsrecht so sichergestellt, daß in den einzelnen Fällen kaum ein Zweifel bestehen dürfte. Trotzdem besteht über die entsprechenden prozessualen Begriffe vielfach noch Unklarheit, Verwechselung und Streit.

Die Geschäftsfähigkeit und Prozeßfähigkeit sind Eigenschaften der Person. Die erstere und indirekt auch die letztere hängen lediglich von dem Besitz der Willensfähigkeit ab. Ihr Mangel hat auf den Inhalt der der Partei zustehenden Rechte keinerlei Einfluß, sondern bewirkt nur, daß das Rechtsgeschäft oder die Prozeßhandlung **im Namen** der Partei, die wegen ihrer persönlichen Eigenschaften am eigenen Handeln verhindert ist, von ihrem gesetzlichen Vertreter vorgenommen werden muß.

Ganz anders ist es bei der Verfügungsbefugnis. Sie ist die Befugnis, über ein konkretes Recht Verfügungen zu treffen, also dieses zu übertragen, zu belasten oder sonstwie zu verändern. Diese Befugnis ist Ausfluß des Rechts (z. B. des Eigentums) und steht deshalb in der Regel dem Eigentümer zu. Ist sie ihm entzogen[1]) oder ist sie nur beschränkt,[2]) so wird der ihm zustehende Rechtsinhalt vermindert.[3]) Dadurch wird die

---

[18]) Für Nebenintervenienten gilt das gleiche. Nicht aber für Zeugen im Falle des § 387 ZPO. Wäre die entgegengesetzte Ansicht von Seuffert, Erl. 1 Abs. 2 zu §§ 51,2 richtig, so könnte der minderjährige Zeuge auch nicht selbst das Zeugnis verweigern; überhaupt wäre die Erledigung des Zwischenstreits zwischen der Partei und dem minderjährigen Zeugen nicht möglich. Auch die Ladung müßte an den gesetzlichen Vertreter geschehen (§ 171 I).

[19]) ZPO. §§ 79 II, 90 I (entgegengesetzt BGB. § 165).

[20]) Vgl. u. § 125 I, 2. Wach 1 533 bezieht den § 52 auf jeden, der für andere prozessualisch handeln will.

[1]) Vgl. die nachher unter II 1 b aufgeführten Fälle.

[2]) Vgl. z. B. BGB. §§ 135, 161, 2113, vgl. o. Bd. 1 § 48 II.

[3]) So mit Recht auch RG. 53 S. 10, 57 Nr. 97 (wo aber mit Unrecht angenommen wird, daß es sich um Übertragung des Eigentums im Sinne von BGB. § 313 handele, wenn die Miterben das ihnen bis dahin gemeinschaftlich zustehende Verfügungsrecht ändern).

Geschäftsfähigkeit, insbesondere die Verpflichtungsfähigkeit, nicht verändert. Vielmehr wird eine der sachlichen Voraussetzungen aufgehoben, von denen die Wirkung der dinglichen Verfügung abhängt, mag diese von dem Eigentümer oder von **seinem** gesetzlichen Vertreter vorgenommen sein.[4]) Anderseits aber ist es sehr wohl möglich, daß dem Erwerber sein guter Glaube zustatten kommt. Nützt ihm dieser, falls der Verfügende gar nicht Eigentümer ist, so fordert es die Rechtsvernunft, daß er um so mehr geschützt sei, wenn nur der Inhalt des dem Verfügenden zustehenden Eigentums beschränkt ist.[5])

Dieser Grundsatz zeigt handgreiflich, wie ganz verschiedener Natur der Mangel der Geschäftsfähigkeit und das Fehlen der Verfügungsbefugnis ist. Der irrtümliche Glaube an die Geschäftsfähigkeit vermag ihren Mangel niemals zu ersetzen.

Analog verhält es sich mit dem Prozeßführungsrecht. Es ist die Befugnis (das Recht) — nicht etwa die persönliche Fähigkeit! — ein konkretes Recht gerichtlich geltend zu machen,[6]) und das Recht und die Pflicht, gegenüber einer bestimmten Klage die Rolle des Beklagten zu übernehmen.[7])

II. Die Frage, ob das Prozeßführungsrecht bei einer Partei vorhanden ist, kann nicht allgemein mit Rücksicht auf ihre Person, sondern nur in konkreter Beziehung auf bestimmte Rechtsverhältnisse beantwortet werden.

1. In der Regel bestimmt es sich danach, ob ihr das Verwaltungsrecht über das streitige Rechtsverhältnis zusteht.[8])

a) Können mehrere in Rechtsgemeinschaft stehende Personen die Verwaltung nur gemeinsam ausüben, so steht ihnen auch das Prozeßführungsrecht nur zusammen (in notwendiger Streitgenossenschaft, § 62) zu. So ist es bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand, nicht aber bei der Gemeinschaft „nach Bruchteilen".[9])

b) Entziehung des Verwaltungsrechts bewirkt Verlust des Prozeß-

---

[4]) Dies ist ein besonders wichtiger Punkt. So hindern z. B. die §§ 6—8 KO. und die §§ 135, 1395, 1994 I, 2213 BGB. auch den Vormund des Gemeinschuldners, der Ehefrau usw. an der wirksamen Verfügung.

[5]) Vgl. z. B. BGB. §§ 135 II, 161 II, 2113 III, 2130, 2211 III, 2365/8 (Vorerbe), KO. §§ 7 I [2], 8, o. Bd. 1 § 39 [23].

[6]) So verdeutscht jetzt ZPO. § 265 III den statt dessen früher in § 236 [2] (alter Zählung) gebrauchten Ausdruck „Sachlegitimation". Vgl. o. Bd. 1 § 23 bei Note 46 f.

[7]) Prozeßführungslast, necessitas defensionis, wie l. 18 § 4 D. 49, 17 zutreffend sagt.

[8]) Vgl. o. Bd. 1 § 48. Bloße Beschränkung oder Entziehung der Verfügungsbefugnis (BGB. §§ 134 5, 161) entzieht das Prozeßführungsrecht nicht.

[9]) Näher o. Bd. 1 § 49 II. Vgl. dazu neuerdings Gierke, D. PrivR. 2 § 122. Er sieht die Eigentümlichkeit nicht in der Struktur der gemeinschaftlichen Rechtsverhältnisse, sondern in der Organisation des Rechtssubjekts; beim Eigentum soll die Eigentümlichkeit also keine sachenrechtliche, sondern sie soll stets eine personenrechtliche sein (S. 393).

führungsrechts hinsichtlich derjenigen Rechtsverhältnisse, bezüglich deren das Verwaltungsrecht entzogen ist. So fehlt es

dem Subjekt des Vermögens, welches als selbständiges Sondervermögen unter selbständige Verwaltung gestellt ist, also dem Gemeinschuldner hinsichtlich der Konkursmasse[10]) und den Subjekten aller sonstigen Vermögensmassen, über die eine Zwangsverwaltung angeordnet ist;[11])

dem Erben hinsichtlich des Nachlasses, ehe die Erbschaft angetreten ist,[12]) oder wenn Nachlaßverwaltung (oder Konkurs) angeordnet ist,[13]) oder wenn und soweit der Nachlaß unter der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers steht[14]) oder wenn ihm als Vorerben die Verwaltung der Vorerbschaft entzogen ist;[15])

den Mitgliedern einer offenen Handelsgesellschaft (suo nomine) hinsichtlich der Rechtsverhältnisse der Gesellschaft, über die nur diese (unter der Firma) prozessieren kann.[16])

In allen diesen Fällen fehlt dem Subjekt dieser Rechtsverhältnisse das Verwaltungsrecht,[17]) also auch das in ihm enthaltene Prozeßführungsrecht. Sie selbst können nicht klagberechtigt sein und ihnen selbst kann die necessitas defendendi hinsichtlich dieser Vermögensmassen nicht obliegen.

Das Prozeßführungsrecht, das in diesen Fällen den Subjekten der Vermögensmassen fehlt, steht diesen Massen selbst (der Gesellschaft als solcher) zu. Diese sind als Partei anzuführen.

2. Steht einem Dritten das Verwaltungsrecht bezüglich bestimmter fremder Rechtsverhältnisse als ein vom Dritten im eigenen Namen auszuübendes Recht zu, so hat er insoweit auch das Prozeßführungsrecht (er tritt in Prozeßstandschaft auf), und es fehlt dem Subjekt des verwalteten (unselbständigen) Sondervermögens oder der einzelnen in dieser Weise behandelten Rechte.[18])

---

[10]) KO. § 6, vgl. o. Bd. 1 § 44 III, 1.

[11]) Vgl. näher o. Bd. 1 § 44 III, 7. Bezüglich des § 334 StPO. ist noch darauf hinzuweisen, daß nach ihm der Angeschuldigte „das Recht, über das in Beschlag genommene Vermögen unter Lebenden zu verfügen, verliert", nicht etwa die Geschäftsfähigkeit. Der „Güterpfleger" (§ 334) hat eine ganz andere Stellung als der Pfleger des Abwesenden (BGB. § 1911). Jener ist curator rei, dieser curator personae.

[12]) Und zwar auch ehe die Nachlaßpflegschaft angeordnet ist. Ihre Anordnung schafft erst die Möglichkeit, daß der Nachlaß Kläger oder Verklagter sein kann. Vgl. o. Bd. 1 § 44 III, 3. [13]) BGB. § 1984.

[14]) BGB. § 2212, vgl. o. Bd. 1 § 44 III, 5.

[15]) BGB. § 2129, o. Bd. 1 § 44 III, 4. [16]) Vgl. o. Bd. 1 § 45 I.

[17]) Bei der bürgerlichen Gesellschaft steht das Verwaltungsrecht allen zusammen zu, bei der offenen Handelsgesellschaft kann es nur von dem ausgeübt werden, der die Gesellschaft zu vertreten berechtigt ist. Das können alle oder nur einzelne Gesellschafter sein, aber auch ein Dritter (HGB. § 125); sie haben nicht suo nomine, sondern im Namen der Firma zu prozessieren. Bezüglich der Vereine s. Bd. 1 § 45 a. E.

[18]) So schon nach römischem Recht bezüglich der peculia castrensia und der bona adventicia (vgl. näher u. § 116 [10]), so heute nach BGB. § 1380 (der Frau wird das Prozeßführungsrecht in § 1400 II abgesprochen) und in den o. § 112 Note 48 unter a zusammengestellten Fällen. Über Passivprozesse dort unter b.

3. Daneben gibt es auch rein prozessuale Vorschriften, die das Prozeßführungsrecht ohne Rücksicht auf das Verwaltungsrecht versagen und einem Dritten verleihen.[19])

So verschieden in den hier nochmals kurz zusammengestellten Fällen die positive Regelung der Rechtslage (der Frage, wem das Prozeßführungsrecht zusteht) ist, so gleich sind sie doch bezüglich der in diesem Zusammenhange allein interessierenden Frage, was denn eigentlich der Partei fehlt. Wie in keinem dieser Fälle die Geschäftsfähigkeit entzogen oder beschränkt ist und auch die Verpflichtungsfähigkeit nicht fehlt,[20]) so wird durch die Ereignisse der besprochenen Art auch in keinem der Fälle die Prozeßfähigkeit berührt. So wenig wie die Ehefrau hinsichtlich der zum eingebrachten Gute gehörigen Rechte oder der Zessionar bezüglich der ihm abgetretenen rechtshängigen Forderung oder der Miterbe bezüglich der zur Erbschaft gehörigen Rechte prozeßunfähig ist, ebensowenig ist es der Gemeinschuldner bezüglich der Konkursmasse oder der Erbe bezüglich der unter der Verwaltung des Testamentsvollstreckers stehenden Rechte oder eine andere der oben unter Nr. 1 bezeichneten Personen.[21])

Was ihnen fehlt, ist das Prozeßführungsrecht. Und dieser Mangel betrifft ebenso wie das Fehlen der Verfügungsbefugnis den Rechtsinhalt. Deshalb macht sich die Wirkung des Mangels stets in derselben Weise geltend, mag die Partei selbst oder mag **ihr** Vertreter (der Vormund des Gemeinschuldners, der Ehefrau, des Zessionars usw.) die Klage erheben oder die Zustellung der Klagschrift erhalten. Der Unterschied ist nur, daß es sich bei der Verfügungsbefugnis um den materiellen Rechtsinhalt handelt, im anderen Fall um den prozessualen.[22]) Das Prozeßführungsrecht

---

[19]) Der Hauptfall ist die im Laufe des Prozesses erfolgende Veräußerung, soweit sie nicht zur Nachfolge in die Parteirolle führt (ZPO. §§ 265/6), s. o. Bd. 1 § 52. Über das Prozeßführungsrecht, das auf Grund der Zustimmung entsteht, vgl. o. § 53. Über bloße Entziehung (ohne Verleihung an Dritte) s. BGB. § 1394 (o. Bd. 1 § 49 V, 3).

[20]) Auch der Gemeinschuldner, der Erbe, das im eigenen Namen handelnde Mitglied der offenen Handelsgesellschaft, die Ehefrau: sie alle können Verpflichtungen übernehmen. Nur stellen diese, solange den bezeichneten Personen die Verwaltung der in Frage stehenden Sondervermögen entzogen ist, nicht solche Verbindlichkeiten dar, wegen deren Befriedigung aus dem Sondervermögen gesucht werden könnte. Im Konkurse sind dies (abgesehen von den Masseschulden) die Konkursschulden (KO. § 3), beim gesetzlichen Güterstande sind es nur die in BGB. §§ 1411/4 bezeichneten Ehegutsschulden, beim Nachlaß sind es nur die Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1967), bei der offenen Handelsgesellschaft nur die Gesellschaftsschulden.

[21]) Die entgegengesetzte Meinung ist vielfach vertreten. Vgl. o. Bd. 1 § 47 I und die ausführlichen Nachweisungen bei Skonietzki und Gelpcke, Erl. 2 zu § 52. Ganz inkonsequent ist es, bei dem Gemeinschuldner aus dem Mangel der Verfügungsbefugnis die Prozeßunfähigkeit abzuleiten, bei der Ehefrau (§ 1400 II BGB.) aber nicht (so jetzt noch Petersen, Erl. 4 zu § 51).

[22]) Dieses Prozeßführungsrecht ist nicht identisch mit dem Klagrecht, sondern eine seiner Voraussetzungen. Seuffert, Erl. 7 zu § 52 sagt, daß die Sachlegitimation (unser Prozeßführungsrecht) den Streitgegenstand betreffe. Versteht man darunter das abzuurteilende Rechtsverhältnis, so ist dies nur in gewissen Fällen zutreffend, nämlich da, wo das Prozeßführungsrecht von dem Verwaltungsrecht abhängt (II 1 b),

ist nicht identisch mit der Verfügungsbefugnis, sondern nur ihr prozessuales Gegenstück.

Der Mangel der Prozeßfähigkeit hat Bedeutung nur, wenn die Partei selbst gehandelt hat. Geschah dies bei der Einleitung des Prozesses, so fehlt eine Prozeßvoraussetzung, und dies führt zur Prozeßabweisung.[23]) Niemals tritt diese ein, wenn die Prozeßfähigkeit während des Prozesses fortfällt.[24]) Dagegen bedeutet der Mangel des Prozeßführungsrechts den Mangel einer Klagvoraussetzung. Entscheidend ist hier die Zeit der Urteilsfällung. Es genügt, wenn es zu dieser Zeit erlangt ist. Fehlt es zu dieser Zeit, so erfolgt, falls nicht mit einem im Laufe des Prozesses eingetretenen Verlust eine prozessuale Sukzession verbunden ist, eine sachliche Entscheidung: die Abweisung der Klage als unzulässig. Wird unter Übersehung des Mangels ein Urteil zur Hauptsache erlassen, so kann es, wenn es rechtskräftig geworden ist, nicht mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden. Inter partes ist und bleibt es vollwirksam, es entbehrt aber von selbst der Wirkung gegenüber den Personen, die als die richtigen Parteien hätten klagen oder verklagt werden sollen.[25])

Hat eine prozeßunfähige Partei selbst gehandelt, so kann der Mangel durch einfache Genehmigung ihres gesetzlichen Vertreters oder der Partei selbst (nach Erlangung der Prozeßfähigkeit) geheilt werden. Beim Mangel des Prozeßführungsrechts kann in gewissen Fällen zwar auch eine Genehmigung erfolgen. Sie hat hier aber eine ganz andere Bedeutung; sie erfolgt von anderer Seite und hat eine andere Wirkung. Diese besteht darin, daß das Urteil Wirksamkeit gegenüber dem genehmigenden Dritten erhält.[26])

§ 116.

3. Die Voraussetzungen der Prozeßfähigkeit und die Gründe ihres Fehlens (im allgemeinen). Juristische Personen.

I. Das maßgebende Prinzip.

1. Die Prozeßhandlungen sind die für die Einleitung des Prozesses und für die Entwicklung des Prozeßverhältnisses maßgebenden Handlungen.

---

und nur in beschränktem Sinne, nämlich insofern, als das Prozeßführungsrecht von jenem Rechte abhängt. In den Fällen des § 265 ZPO. (o. Note 19) trifft jene Charakterisierung nicht zu. Und niemals ist die Abweisung der Klage wegen Mangels des Prozeßführungsrechts eine Entscheidung zur Hauptsache (§ 322). Vgl. o. S. 281/2.

[23]) Vgl. näher § 118. [24]) Vgl. ZPO. § 241 I.

[25]) Z. B. gegenüber dem Ehemann (BGB. § 1400 II), gegenüber dem Nachlaß, gegenüber der Konkursmasse. Hierüber ist das Nähere bereits in Bd. 1 § 23 III 3, § 46 II 4 dargelegt. Vgl. auch o. S. 17/8.

[26]) Vgl. z. B. BGB. § 1400. Das Nähere über diese sehr verwickelte Frage ist o. Bd. 1 §§ 53, 56 dargestellt.

Sie fallen mit den Rechtsgeschäften des privatrechtlichen Verkehrs unter den höheren Begriff der Handlung, sind aber keineswegs Rechtsgeschäfte in jenem Sinne, auch keine Art derselben. Die Grundsätze des bürgerlichen Rechts gelten für sie nicht. Das bewährt sich auch bei der Lehre von der Prozeßfähigkeit.

Ihr Begriff und ihre Voraussetzungen sind durchaus prozeßrechtlich. Allerdings sagt der § 51, daß die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen, sich nach dem „bürgerlichen Rechte" bestimme, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen (und selbstverständlich auch andere Vorschriften der ZPO.) abweichende Bestimmungen enthalten. Aber diese prinzipielle Verweisung[1]) ist ohne Bedeutung,[2]) weil das Gesetz in §§ 52 f. erschöpfende Vorschriften über die Voraussetzungen der Prozeßfähigkeit gegeben hat.

2. Die Regel (§ 52) lautet: „Eine Person ist insoweit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann." Damit verzichtet die ZPO. auf eine in das Einzelne gehende Regelung. Sie begnügt sich mit der Verweisung auf die privatrechtlichen Grundsätze über die Vertragsverpflichtungsfähigkeit. Der Sinn des § 52 I ist: Dieselben Gründe, die letztere gewähren oder versagen, gewähren oder versagen auch die Prozeßfähigkeit.[3]) Gemeint ist die Fähigkeit, sich selbständig, d. h. ohne Zustimmung eines gesetzlichen Vertreters durch Vertrag (also durch Vereinbarung mit dem, der Gläubiger werden soll) verpflichten zu können.[4]) Ohne Bedeutung ist es, wenn die Person, die sich so nicht verpflichten kann, erwerbsfähig ist[5]) oder durch

---

[1]) Nach den Motiven zum Entw. der ZPO. §§ 50/5 sollte damit zum Ausdruck gebracht werden, daß die Prozeßfähigkeit ein „Ausfluß der Handlungs- und Dispositionsfähigkeit" sei, deren Vorhandensein das bürgerliche Recht bestimme. Unter „Dispositionsfähigkeit" („Dispositionsbefugnis") verstanden die Motive im Einklang mit dem damaligen Sprachgebrauch die Veräußerungs- und Verpflichtungsfähigkeit, die z. B. dem Minderjährigen fehlte, obwohl er im allgemeinen als „handlungsfähig" bezeichnet wurde. Die Begriffe des BGB. sind andere. Namentlich bedeutet „Verfügungsbefugnis" etwas ganz anderes, als jene „Dispositionsfähigkeit". Diese ergibt sich aus allgemeinen Eigenschaften der Person, jene aber aus dem Inhalte eines konkreten Rechts. Vgl. o. § 115.

[2]) Auch für Ausländer, wegen § 55, vgl. u. § 117 II.

[3]) Die Motive zu §§ 50/5 des Entwurfs sagen, „die Definition des § 51 I (= § 52 I ZPO.) erscheine in der Parallele des Prozesses mit dem Vertrage ganz korrekt (iudicio contrahitur)". Damit wird auf die Vergleichung des Prozessierens mit dem Kontrahieren, die sich in der bekannten l. 3 § 11 D. 15, 1 findet, hingewiesen und in das heutige Recht eine Vorstellung hineingetragen, die diesem jedenfalls völlig fremd ist. Vgl. o. § 64 S. 5. Nicht daraus, daß im Prozesse oder durch ihn kontrahiert wird, rechtfertigt sich die im Text bezeichnete Gleichheit, sondern daraus, daß sowohl die Übernahme einer Verpflichtung wie die Prozeßführung einen gewissen Grad der Einsicht und Willensfähigkeit erfordern. Mit Recht verlangt das Gesetz den höchsten Grad derselben, weil die Prozeßführung große Anforderungen an die Einsicht der Parteien stellt und ihnen durch die Rechtskraft der unrichtigen Entscheidung schweren Nachteil zufügen kann.

[4]) Die Österr. ZPO. § 1 sagt: „Eine Person ist insoweit fähig, selbständig vor Gericht als Partei zu handeln (Prozeßfähigkeit), als sie gültig selbständig Verpflichtungen eingehen kann."

[5]) Vgl. BGB. § 107. So kann der Minderjährige zwar ein Schenkungsversprechen annehmen, aber er kann nicht selbst aus ihm klagen.

ihre unerlaubte Handlung oder sonstwie (ex lege) verpflichtet werden kann, wie z. B. aus Geschäftsführung ohne Auftrag[6]) oder wegen ungerechtfertigter Bereicherung.[7])

3. Nach dieser Regel (§ 52 I) korrespondiert:

a) mit der allgemeinen Verpflichtungsfähigkeit: die allgemeine Prozeßfähigkeit,

b) mit der allgemeinen Verpflichtungsunfähigkeit: die allgemeine Prozeßunfähigkeit.

Denkbar sind Ausnahmen von beiden Sätzen, also

c) eine ausnahmsweise (für Prozesse über gewisse Verpflichtungsverhältnisse) eintretende Prozeßunfähigkeit als Folge der ausnahmsweisen Unfähigkeit, jene Rechtsverhältnisse einzugehen, und entsprechend

d) eine ausnahmsweise (für Prozesse über gewisse Rechtsverhältnisse) eintretende Prozeßfähigkeit als Folge einer ausnahmsweise anerkannten Verpflichtungsfähigkeit.

Die Ausnahme unter c gibt es nach dem jetzt geltenden bürgerlichen Recht für Deutsche tatsächlich nicht, und deshalb kann es sie für uns gemäß § 55 ZPO. auch nicht für Ausländer geben.[8]) Praktische Bedeutung haben also nur die drei Möglichkeiten unter a, b, d.

II. Im einzelnen gilt folgendes.

1. Wer die selbständige Vertragsverpflichtungsfähigkeit allgemein hat, ist auch für Prozesse jeder Art prozeßfähig (allgemeine Prozeßfähigkeit).

Dieser Satz erleidet zur Zeit keine Ausnahmen.[9])

a) Zwar ist es denkbar, daß das bürgerliche Recht einem im allgemeinen Verpflichtungsfähigen es versagt, sich durch Verträge gewisser Art selbst zu verpflichten, so daß dann für Prozesse über derartige Vertragsverhältnisse ausnahmsweise die Prozeßfähigkeit fehlen würde. Aber das jetzt geltende Recht kennt solche Fälle nicht.

Als derartige Gründe des Mangels der selbständigen Verpflichtungsfähigkeit könnten in Betracht kommen: die Geschlechtsvormundschaft, die Eigenschaft als Ehefrau oder die väterliche Gewalt über volljährige Hauskinder.[10]) Die alte ZPO.

---

[6]) BGB. § 682. Die entgegengesetzte Ansicht von Wach I 535 wäre für das jetzige Recht selbst dann ausgeschlossen, wenn die Geschäftsführung ohne Auftrag ein Rechtsgeschäft wäre (was sie nach richtiger Ansicht nicht ist). Denn ein Vertrag ist sie keinenfalls.

[7]) Der Verpflichtungsunfähige, der durch die Leistung auf Grund unwirksamen Vertrags (also ohne rechtlichen Grund) etwas erlangt hat, haftet nach § 812, aber er kann nicht selbst über diese Verpflichtung prozessieren. [8]) Vgl. II 1 a bis c.

[9]) Das Gegenteil (ausnahmsweise eintretende Prozeßunfähigkeit) wird vielfach behauptet für die Fälle, in denen nach richtiger Ansicht das Prozeßführungsrecht (die Sachlegitimation im gewöhnlichen Sinne) fehlt oder beschränkt ist, vgl. o. § 115.

[10]) Über den Rechtszustand vor dem 1./1. 1900 geben die Motive zum Entw. der ZPO. zu §§ 50/5 eine Übersicht. Nach dem richtig verstandenen römischen Recht fehlte dem Hauskind als solchen nicht die Prozeßfähigkeit, sondern das Prozeßführungsrecht (die meistens sog. Sachlegitimation), und zwar schlechthin in Ansehung

§ 51 II, III erklärte jedoch ausdrücklich, daß diese Gründe die Prozeßfähigkeit nicht beschränkten. Nach heutigem Reichsrecht gibt es weder eine Geschlechtsvormundschaft noch eine väterliche Gewalt über Volljährige. Deshalb sind jene hierauf bezüglichen Vorschriften des § 51 im jetzigen § 52 gestrichen. Die Vorschrift, daß die Eigenschaft als Ehefrau die Prozeßfähigkeit nicht vermindert (§ 52 II), ist geblieben, aber nur mit Rücksicht auf die Übergangszeit, weil die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit einer Ehefrau bestehen geblieben ist, wenn sie die Folge eines sich unter dem neuen Recht erhaltenden Güterstandes ist.[11]) Das BGB. selbst kennt solche Beschränkung der Geschäftsfähigkeit der Ehefrauen nicht. — Bestimmungen des ausländischen Rechts, die einer im allgemeinen verpflichtungsfähigen Person die Verpflichtungsfähigkeit in einzelnen Ausnahmsfällen entziehen, sind vor deutschen Gerichten für die Prozeßfähigkeit ohne Bedeutung. Dies ergibt sich aus § 55 ZPO. (u. § 117 II, 2).

b) Es gibt Vorschriften des bürgerlichen Rechts, die gewissen Personen gewisse Arten von Rechtsgeschäften aus Gründen verschließen, die mit der Geschäftsfähigkeit nicht zusammenhängen. Diese sind für die Prozeßfähigkeit der von einem solchen Verbot betroffenen Personen ohne jede Bedeutung.[12])

c) Soweit das Prozeßführungsrecht sich nach dem Verwaltungsrecht bestimmt und dieses sich nach ausländischem Rechte regelt, wird der Mangel auch im inländischen Prozesse berücksichtigt.[13]) Läßt aber das ausländische Recht durch Tatsachen, die nach deutschem Recht den Verlust des Prozeßführungsrechts herbeiführen, die Prozeßunfähigkeit eintreten, so gilt diese Partei im inländischen Prozeß trotzdem als prozeßfähig.[14])

Damit, daß eine Partei die Prozeßfähigkeit hat, ist nur gesagt, daß sie den Prozeß selbst führen kann. Ob das in ihm ergangene Urteil auch über die Partei hinaus gegen Dritte wirksam ist, hängt davon ab, ob das Prozeßführungsrecht der Partei mit Wirkung gegen den Dritten zusteht.

---

der bona adventicia regularia, bezüglich der b. a. irregularia aber, sofern der Gewalthaber nicht seine Zustimmung gegeben hatte (c. 8 § 1 C. 6, 61). In Ansehung der b. a. regularia war dies die Folge davon, daß der Gewalthaber das ausschließliche Verwaltungsrecht („gubernatio") besaß und demnach suo nomine (nicht etwa im Namen des Sohnes, wie Wetzell, System (3) 89 lehrt, sondern in Prozeßstandschaft derselben Art, wie sie BGB. § 1380 zeigt) über die Rechtsverhältnisse des Sohnes zu prozessieren hatte (c. 1 § 1 C. 6, 60, c. 8 § 3 C. 6, 61). Daß er bei dem movere und suscipere actiones der Zustimmung des Sohnes bedurfte, ist nur ein Zeichen der Schwäche seines Verwaltungsrechts, dem ja auch die Befugnis zur alienatio und Bestellung einer hypotheca (c. 6 § 2 C. 6, 61) fehlte.

[11]) EG. zum BGB. Art. 200 III.

[12]) Verbote dieser Art sind gemeinrechtlich das SCum Macedonianum und Vellaeanum, heute §§ 66/9 des Börsengesetzes v. 22./6. 1896 (Börsentermingeschäfte von Personen, die nicht in das Börsenregister eingetragen sind), BGB. § 1446 (Schenkungsversprechen des Ehemannes bei Gütergemeinschaft), ALR. I, 11 §§ 676/7 (Darlehen von Mitgliedern des Königshauses).

[13]) Die ausländische Konkurseröffnung wirkt aber nicht bezüglich des bei uns befindlichen Vermögens, vgl. o. Bd. 1 § 18 VII (S. 116/7), § 21.

[14]) ZPO. § 55, vgl. u. § 117 II. So ist der ausländische Gemeinschuldner im Inlande auch dann prozeßfähig, wenn die Konkurseröffnung nach ausländischem Rechte einen Grund für die Prozeßunfähigkeit bilden sollte.

2. Wer sich im allgemeinen durch Verträge nicht verpflichten kann, ist in der Regel für Prozesse aller Art prozeßunfähig (allgemeine Prozeßunfähigkeit). So auch die Personen, die nur mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter verpflichtende Verträge eingehen können.[15])

3. Diese allgemeine Prozeßunfähigkeit (2) kann Ausnahmen erleiden, so daß neben den Begriff der allgemeinen Prozeßunfähigkeit eine besondere, d. h. auf einzelne Arten von Rechtsstreitigkeiten beschränkte Prozeßfähigkeit tritt.

a) Wer sich ausnahmsweise durch Verträge gewisser Art selbständig verpflichten kann, also für diese unbeschränkt geschäftsfähig ist, ist ausnahmsweise auch für diejenigen Arten von Rechtsstreitigkeiten generell prozeßfähig, welche solche Rechtsverhältnisse betreffen, die er kraft jener Ausnahme eingehen kann.[16])

b) Neben diese generelle Ausnahme treten spezielle, im folgenden Paragraphen näher darzustellende Fälle der besonderen Prozeßfähigkeit.[17])

III. Als völlig prozeßunfähig werden von der herrschenden Meinung auch alle **juristischen Personen** angesehen.[18]) Ihnen gleich zu behandeln sind die Personenvereinigungen, die „als solche" klagen und verklagt werden können, und die Vermögensmassen, in deren Namen ihre Verwalter Prozesse führen können (die hier sog. selbständigen Sondervermögen).

1. Bei der Beantwortung dieser Streitfrage ist von dem außerprozessualen Verhältnis der juristischen Person und ihrer Organe auszugehen. Hier ist es sicher, daß dieses Verhältnis ein anderes ist, als bei den gesetzlichen Vertretern von Menschen. Die Geschäftsunfähigkeit und die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit, die nach § 52 ZPO. für die Prozeßfähigkeit maßgebend sind, beruhen auf solchen natürlichen menschlichen Eigenschaften, die den Mangel oder die Unvollkommenheit der Willensfähigkeit zur Folge haben. Hiervon kann bei den Körperschaften und Stiftungen und Anstalten nicht die Rede sein; es sind denn auch die die Geschäftsfähigkeit regelnden §§ 104 f. zweifellos nur auf die Menschen zu beziehen. Nun ist es allerdings richtig, daß die juristischen Personen ebensowenig,

---

[15]) Anders das römische Recht. Hier konnte der pupillus tutore auctore et agere et conveniri, und der adultus konnte curatore consentiente litem et intendere et suscipere (c. 2 C. 3, 6). — Die Ermächtigung zur Prozeßführung, von der in § 54 die Rede ist, ist etwas ganz anderes. Sie ergänzt nicht die Prozeßfähigkeit, sondern bezieht sich nur auf die Vertretungsmacht von gesetzlichen Vertretern. Vgl. u. § 125 I 3 b. [16]) Vgl. u. § 117 I 2 a (S. 332).

[17]) Vgl. u. § 117 I 2 b (S. 334).

[18]) So Wach I 540 f., Planck I 214,5, Schmidt 149, Weismann I § 24, Meurer, Jur. Personen 198 f., ferner alle Kommentare außer Seuffert, Erl. 4 zu § 52. — Für Prozeßfähigkeit als Ausfluß natürlicher Willensfähigkeit besonders Gierke, Genossenschaftstheorie 732 f., D. PrivR. 1 519 f., Regelsberger, Pand. § 75. — Über die große Literatur und den Stand der Streitfrage i. allg. s. Windscheid-Kipp 1 § 49. Neuestens Hölder, Natürliche u. jur. Personen (1905) 35, 45 f., 55 f.

wie die geschäftsunfähigen Menschen, durch eigene Handlungen in den Rechtsverkehr treten können.

An diesem kann die juristische Person nur durch ihre Organe teilnehmen. Der Grund hierfür kann aber nach dem Gesagten nicht in ihrer Geschäftsunfähigkeit gefunden werden. Er liegt auch nicht darin, daß sie nur etwas Gedachtes seien,[19]) sondern er liegt in der Eigenartigkeit der Einrichtungen, denen das Recht die juristische Persönlichkeit beilegt.[20])

Im ganzen ist zu sagen: Die Persönlichkeit der juristischen Personen ist von anderer Art, als die des Menschen. Dieser kann geschäftsfähig oder geschäftsunfähig sein. Die juristische Person ist weder das eine noch das andere. Sie ist eine besondere Erscheinung, bei der die Frage nach dem Vorhandensein oder Fehlen der Geschäftsfähigkeit nicht gestellt werden kann.[21]) Der Mensch erhält einen gesetzlichen Vertreter vorzugsweise, aber keineswegs ausschließlich[22]) mit Rücksicht auf den Mangel oder die Beschränkung seiner Geschäftsfähigkeit. Die juristische Person hat ihre Organe aus ganz anderen Gründen.

Das Organ, durch das sie in den Rechtsverkehr treten kann, ist ausschließlich der Vorstand oder der für gewisse Rechtsgeschäfte verfassungsmäßig berufene besondere Vertreter.[23]) Ihre Handlungen sind ebensowenig

---

[19]) Diese Anschauung wird von den Anhängern der Gierke'schen Verbandspersönlichkeit mit Recht bekämpft. Sie liegt aber auch dem richtig verstandenen Satze, daß die Persönlichkeit der juristischen Personen fingiert werde, nicht zugrunde. Denn dieser (schlechte) Ausdruck soll nur sagen, daß die juristische Person gleich dem Menschen behandelt wird. Der Gebrauch der Fiktion ist nur ein kurzer Ausdruck dafür, daß verschiedene Dinge rechtlich gleichgestellt sind. Geht man allerdings von dem Satze aus, daß jedes Rechtsverhältnis einen Menschen oder doch ein willensfähiges Wesen als Subjekt voraussetze, so bekommt jene Fiktion eine ganz andere Bedeutung. Aber jener Satz ist, wie eben die Existenz der juristischen Personen zeigt, falsch. Nur die Rechtsausübung setzt ein willensfähiges Wesen voraus, nicht die Rechtsträgerschaft. Die Rechtsausübung und die Wahrnehmung der Pflichten braucht aber nicht durch das Subjekt selbst zu geschehen.

[20]) Bei den Stiftungen und Anstalten fehlt m. E. jede Möglichkeit für die Annahme einer Persönlichkeit mit natürlicher Willens- und Handlungsfähigkeit. Diese ist ebensowenig denkbar, wie die Fähigkeit zum eigenen Denken und Fühlen. (Vgl. Hölder, Natürliche und juristische Personen 35, 45 f.) Durch die Vorstellung des Fortlebens des Willens des Stifters oder durch andere derartige bloße Vorstellungen kann nicht geholfen werden. Bei den Körperschaften wäre es sehr wohl denkbar, daß die Gesamtheit der Mitglieder, wie sie gewisse Angelegenheiten des Vereins ordnet (BGB. § 32), so auch durch ihre Beschlüsse in den Rechtsverkehr eingreifen könnte. Aber dies ist durch § 26 II, 1 (verbunden mit § 32) ausgeschlossen, und es ist zu bedenken, daß die Mitglieder nicht identisch mit der juristischen Person sind, sondern (als Mitgliederversammlung) ihr oberstes Organ bilden (BGB. § 45).

[21]) Die hier vertretene Auffassung trifft der von Gierke und seinen Anhängern mit Recht erhobene Vorwurf nicht, daß es widersinnig sei, die im heutigen Rechtsleben mächtigsten Faktoren mit Kindern und Wahnsinnigen auf eine Stufe zu stellen.

[22]) Arg. §§ 1910, 1911 BGB.

[23]) BGB. §§ 26 II, 1, 30 verbunden mit § 32 (die Satzung kann den § 26 nicht ausschließen), §§ 86, 89; vgl. ferner z. B. HGB. § 231, G. über Ges. m. b. H. § 35. — Eine rechtsgeschäftliche Erklärung, die direkt von der Mitgliederversammlung (ohne den Vorstand) ausgehen würde, wäre nicht nichtig, aber sie wäre so lange unwirksam für die juristische Person, bis der diese nach außen allein vertretende Vor-

Handlungen der juristischen Person, wie die Handlungen des Vormundes solche des Mündels oder Geisteskranken **sind**. Sie beruhen auf dem Willen des Organs, und nur die **Wirkung** der Handlung trifft — im Verhältnis nach außen — die juristische Person.[24])

Die Organe der juristischen Personen haben — das BGB. § 26 II, 1 bestimmt es für die privatrechtlichen Vereine, es gilt aber allgemein — die Stellung von gesetzlichen Vertretern.[25]) **Hieraus** könnte man darauf, daß die juristischen Personen geschäftsunfähig seien, nur dann schließen, wenn es wahr wäre, daß nur geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen gesetzliche Vertreter haben könnten. Dies ist aber keineswegs der Fall.[26])

2. Hieraus ergibt sich für die **Prozeßfähigkeit** folgendes. Sie bezieht sich ebenso wie die Geschäftsfähigkeit nur auf die natürlichen Personen. Die juristischen Personen werden zwar durch ihre Organe (den Vorstand) „gerichtlich vertreten",[27]) aber daraus darf man auch hier nicht den Rückschluß ziehen, daß sie prozeßunfähig seien. Sie sind weder dies, noch sind sie prozeßfähig. Beides kann nur in Beziehung auf die natürlichen Personen ausgesagt werden. Der Grund, weshalb die juristische Person nicht selbst im Prozesse auftreten kann, liegt in der zuvor hervorgehobenen Eigenartigkeit ihrer Persönlichkeit. Ist momentan der Vorstand fortgefallen und kein Prozeßbevollmächtigter (§ 246) vorhanden, so kann allerdings keine Prozeßhandlung in ihrem Namen (aktiv und passiv) vorgenommen werden. Der Grund ist aber nicht, daß sie während dieses Zwischenstadiums geschäftsunfähig und prozeßunfähig seien,[28]) sondern der Mangel der gesetzlichen Vertretung.

---

stand sie genehmigt hätte. Eine Genehmigung, die von der Mitgliederversammlung zu einem Rechtsgeschäft des Vorstandes erteilt wird, ist nach Analogie der in BGB. §§ 1828/9 angewendeten Vorschriften zu beurteilen. (Nicht etwa ist § 108 II entsprechend anzuwenden.) Dasselbe gilt von den Genehmigungen, die von staatlichen Aufsichtsbehörden zu Rechtshandlungen der Organe zu erteilen sind. Bei privaten juristischen Personen können solche Genehmigungen in der Satzung vorgesehen werden; bei öffentlich-rechtlichen sind sie sehr häufig. Prozessual werden sie von Bedeutung nach ZPO. § 54 (Streitkonsens). Vgl. u. § 125 I, 3.

[24]) BGB. § 164 mit § 26 II 1. Das Besondere ist nur, daß auch die unerlaubten Handlungen gemäß § 31 gegen die juristische Person wirken. — Gierke und seine Anhänger (bes. Preuß, Iherings Jahrb. 44 429 f. gegen Schloßmann daselbst 44 289 f.) leugnen die Vertretereigenschaft der Organe.

[25]) Es finden also zwar die Vorschriften über gesetzliche Vertreter auf den Vorstand im **allgemeinen** Anwendung, nicht aber diejenigen Vorschriften über gesetzliche Vertreter, die nach ihrem Inhalte voraussetzen, daß hinter ihnen eine **geschäftsunfähige** Person steht. So nicht der § 131 BGB. (daß die Erklärung an den Vorstand erfolgen muß, folgt aus § 26 II BGB.), nicht der § 206 BGB. (so auch Planck 1 Erl. 2 zu § 26). [26]) Vgl. u. § 117 II 2.

[27]) So sagen die in Note 23 zitierten Vorschriften.

[28]) So Seuffert, Erl. 4 zu § 52, m. E. in Widerspruch mit seiner richtigen Grundauffassung.

§ 117.

4. Die einzelnen Fälle der Prozeßunfähigkeit. Pfleger von Prozeßfähigen.

I. Inländer.

Die Gründe, aus denen die Verpflichtungsfähigkeit, also gemäß ZPO. § 52 indirekt auch die Prozeßfähigkeit generell fehlt oder ausnahmsweise vorhanden ist, bestimmen sich prinzipiell nach dem bürgerlichen Rechte des Staates, dem die Person angehört.[1]) Für Reichsangehörige gilt folgendes.

1. Allgemein prozeßunfähig sind

a) alle Geschäftsunfähigen. Dies sind nach BGB. § 104: die Kinder unter 7 Jahren, ferner alle wegen Geisteskrankheit Entmündigten,[2]) endlich auch ohne Entmündigung alle diejenigen, welche sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinden, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach nur ein vorübergehender ist.

Die völlige, nach der Natur ihres Grundes dauernd wirkende Vernichtung der Geistestätigkeit muß der Störung gleichstehen, so z. B. ein Schlaganfall, der nicht nur eine vorübergehende Lähmung herbeiführte, oder ein Unglücksfall, der den Verunglückten zwar noch einige Tage bewußtlos am Leben ließ, dann aber den sicher zu erwartenden Tod herbeiführte, ohne daß die Geistestätigkeit überhaupt wieder zurückgekehrt war. Würde man einwenden, der Gegner könne von solchen Umständen nichts wissen, so wäre zu erwidern, daß er noch viel schwerer in der Lage ist, das Vorhandensein einer relevanten Geisteskrankheit (§ 104 Nr. 2 BGB.) festzustellen.[3])

Bewußtlosigkeit und Störung der Geistestätigkeit, die ihrer Natur nach nur vorübergehend sind, bewirken Prozeßunfähigkeit ebensowenig wie Geschäftsunfähigkeit. Sie führen also keine Unterbrechung des Prozesses herbei und hindern eine Zustellung an eine solche Partei nicht. Selbst kann sie allerdings keine Prozeßhandlung vornehmen.[4])

---

[1]) EG. zum BGB. Art. 7 I.

[2]) Auch dann, wenn die Entmündigung mit Unrecht erfolgt war, aber auf Grund einer Anfechtungsklage noch aufhebbar ist. Jedoch bewirkt die Aufhebung der ungerechtfertigten Entmündigung wegen ihrer rückwirkenden Kraft, daß auch die Prozeßhandlungen, die der Entmündigte in der Zwischenzeit vorgenommen hat, auf Grund der Entmündigung nicht in Frage gestellt werden können (BGB. § 115 I 1). Hat die von ihm erhobene Klage bereits Prozeßabweisung erfahren, so kann er Berufung einlegen. Ist das Urteil aber schon rechtskräftig, so kann er es nicht mehr anfechten. Wegen § 115 I 2 vgl. u. § 125 I 1. — Die im Ausland ergangene Entmündigung eines Deutschen ist im Inlande unwirksam, vgl. o. Bd. 1 § 17 22.

[3]) In der Literatur finde ich keine Äußerung über diese Frage. Sie ist von großer praktischer Bedeutung. Ist die Partei durch einen Schlaganfall, der dauernd ihre Geistestätigkeit aufgehoben hat, verhindert, in dem Termin zu erscheinen, so fallen ihr nach § 344 die Kosten des Verfahrens nicht zur Last. Versäumte sie so den Termin über den von ihr erhobenen Einspruch, so hat sie Berufung (§ 513 II). Wer die Prozeßfähigkeit in unseren Fällen als fortdauernd betrachtet, kann der Partei in diesen Fällen nicht helfen (§ 345).

[4]) BGB. § 105 II. Erfährt das Gericht, daß die Partei z. B. durch einen Schlaganfall oder Fieberdelirien am Erscheinen verhindert ist, so ist § 337 anzu-

b) Prozeßunfähig sind in der Regel die Minderjährigen (über 7 Jahre), es sei denn, daß sie für volljährig erklärt sind,[5]) ferner die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten oder nach BGB. § 1906 unter vorläufige Vormundschaft Gestellten.[6])

c) Die Frage, ob die juristischen Personen prozeßfähig oder prozeßunfähig sind, wurde bereits in § 116 III erledigt.

d) Keine Prozeßunfähigkeit begründet der § 53 ZPO. Er schreibt vor, daß eine prozeß**fähige** Person, die in einem Rechtsstreite durch einen Pfleger vertreten wird, für diesen Rechtsstreit „einer nicht prozeßfähigen Person **gleichsteht**".

α) Voraussetzung ist also, daß die Partei prozeßfähig **ist** und trotzdem einen Pfleger hat.[6a]) Dies ist nach heutigem Rechte nur möglich bei dem volljährigen Gebrechlichen (BGB. § 1910), bei dem volljährigen Abwesenden, dessen Aufenthalt unbekannt ist,[7]) bei unbekannten Beteiligten (§ 1913), bei den Versicherten im Falle des Konkurses einer privaten Versicherungsunternehmung,[8]) endlich im Falle der §§ 1189, 1270 BGB.[9])

Nicht unter den § 53 gehören alle die Fälle, in denen ein Verwalter für eine Vermögensmasse deshalb bestellt wird, weil ihrem Subjekte das Verwaltungsrecht und deshalb das Prozeßführungsrecht fehlt oder entzogen wird. Denn diese Verwalter sind nicht Vertreter des Subjekts des Sondervermögens,[10]) sondern vertreten dieses selbst.[11]) So auch der Nachlaßpfleger, insbesondere der Nachlaßverwalter.

---

wenden (Vertagung von Amts wegen). Um so mehr ist diese zu beschließen, wenn die Partei im Termin einen solchen Unfall erleidet (arg. § 333).

[5]) BGB. §§ 3/5. — Die Verheiratung beendigt weder die Minderjährigkeit, noch die elterliche Gewalt (vgl. jedoch BGB. § 1633). Anders das frühere Recht, vgl. z. B. Code civil Art. 476, 483 und dazu RG. in Seuff. Arch. 53 Nr. 47.

[6]) BGB. §§ 107, 114. Bei ungerechtfertigter Entmündigung gilt das in Note 2 Gesagte. — Über die Wirkungen, die jetzt einer vor dem 1. Januar 1900 vollzogenen Entmündigung oder der Beiordnung eines Beistandes (Code civil Art. 499, 513) zukommen, vgl. EG. zum BGB. Art. 155/6.

[6a]) Analog ist die Situation in den unter 2 a α—γ behandelten Fällen (Note 40) und im Falle des § 55 (unten Note 48).

[7]) BGB. § 1911. Nicht hierher gehört der Güterpfleger, der über das Vermögen des flüchtigen Angeklagten bestellt wird, weil diesem das Verwaltungsrecht entzogen wird. Vgl. näher o. § 115 Note 11 und Bd. 1 § 44[46]. Es ist sehr wohl möglich, daß neben diesem Güterpfleger ein Pfleger für den Abwesenden bestellt wird.

[8]) RG. v. 12./5. 1901 § 62. — Der § 17 Nr. 1, 2 des EG. zur KO., der auch von Vertretern sprach, ist durch § 35 des RHypothBG. v. 13./7. 1899 abgeändert; er spricht in der neuen Fassung nicht mehr von Vertretern.

[9]) Das Gesetz spricht hier von „Vertreter". Trotzdem ist der § 53 ZPO. anwendbar (so auch Seuffert, Erl. 3 zu § 53). Nicht hierher gehört der Treuhänder im Falle des § 29 des RHypothBG. v. 13./7. 1899 (vgl. o. Bd. 1 § 32[7a], ferner § 112[48]).

[10]) Dies nehmen die Anhänger der o. Bd. 1 § 47 I bekämpften Theorie an (hinzuzufügen Binder, Rechtsstellung des Erben 1 197 f., wo die Unentwirrbarkeit der hieraus sich ergebenden Rechtslagen klar hervortritt). Zur Unanwendbarkeit des § 53 ZPO. gelangt auch die Theorie, die unsere Verwalter selbst als Partei betrachtet (Bd. 1 § 47 II). Vgl. auch o. § 112. — Eigentümlich ist der Fall des § 14 des

β) In allen diesen Fällen kann die Partei, da ja ihre Prozeßfähigkeit vorhanden ist, die Klage selbst erheben und als Beklagter die Zustellung der Klagschrift selbst empfangen, sowie den Prozeß auch im übrigen selbst führen. Statt dessen aber kann es auch durch den Pfleger in ihrem Namen geschehen. An sich würde dieser, da ja die Partei prozeßfähig ist, zwar die Stellung des gesetzlichen Vertreters, aber nicht diejenige des gesetzlichen Vertreters einer prozeßunfähigen Partei haben.[12] Lediglich um ihm diese für die Prozeßführung zu geben, ist der § 53 durch die Novelle eingefügt.[13] Das Gesetz gibt sie ihm in Form einer Fiktion: die Partei „steht einer prozeßunfähigen Person gleich". Damit ist nicht gesagt, daß sie prozeßunfähig würde, sondern nur, daß die Rechtssätze, die Anwendung finden würden, wenn die Partei prozeßunfähig wäre, in diesem Rechtsstreite[14] eingreifen sollen (soweit dies durch den Zweck der Vorschrift gefordert wird), obwohl die Partei prozeßfähig ist und bleibt.[15]

Hat die Partei bisher zunächst selbst den Prozeß geführt, so kann der Pfleger statt[16] ihrer die Prozeßführung übernehmen. Einwilligung der Partei oder des Gegners ist nicht erforderlich;[17] nur der Widerspruch der Partei kann es verhindern.[18] Die Übernahme hat hier eine ganz andere Bedeutung, als diejenige, durch welche der Übernehmer Partei werden will.[19] Deshalb ist auch die für letztere nötige Form nicht erforderlich.[20] Es genügt, daß der Pfleger als solcher eine Prozeßhandlung vor-

---

Schuldverschreibungs-G. Der für die Gesamtheit der Gläubiger gewählte gemeinsame Vertreter hat zwar „die Stellung eines gesetzlichen Vertreters" (§ 14 III), aber das Prozeßführungsrecht des einzelnen Gläubigers („die Befugnis zu Geltendmachung der Rechte") fehlt nur, wenn dies durch Beschluß der Gläubigerversammlung ausgeschlossen ist (§ 14 II). Von Prozeßunfähigkeit der vertretenen Gläubiger ist auch hier nicht die Rede.

[11]) Besonders deutlich wird die Rechtslage, wenn man an die Möglichkeit denkt, daß für den Gebrechlichen oder Abwesenden ein Pfleger bestellt ist und daß nun über ihn Konkurs eröffnet wird. (Auch das Umgekehrte ist möglich.) Der Pfleger und der Konkursverwalter stehen nebeneinander; ihre Stellung (nicht etwa nur ihre Vertretungsmacht) ist eine ganz verschiedene. So kann auch neben dem Testamentsvollstrecker ein Pfleger für den Erben bestellt sein.

[12]) So mit Recht die Denkschrift zu § 51ᵃ der Novelle unter Berufung auf § 51 ZPO.

[13]) Dadurch ist es also z. B. ermöglicht, daß die Eide, die in einem gegen einen Abwesenden geführten Prozesse an sich von diesem zu leisten wären, gemäß § 473 I von dem Pfleger geleistet werden.

[14]) Einschließlich der Widerklage, der Fortsetzung des Prozesses nach einem Vorbehaltsurteil, der Wiederaufnahme des Verfahrens, der Zwangsvollstreckung (vgl. § 81) und der in ZPO. § 82 bezeichneten Verfahren.

[15]) Die Fiktion macht nur die Rechtsfolgen verschiedener Tatbestände gleich, nicht aber diese selbst.

[16]) Nicht neben ihr (RG. 52 S. 224). Dies ist hier gerade so ausgeschlossen, wie in den unter 2a α–γ (S. 332 f.) bezeichneten Fällen. Eine besondere Bestimmung enthält der § 62 III 2, 3 des in Note 8 zitierten Gesetzes.

[17]) So mit Recht die Denkschr. zu Nov. § 51ᵃ u. RG. 52 S. 224. Im Hauptfall (Abwesenheitspfleger) wäre sonst der Zweck des § 53 vereitelt.

[18]) So auch Seuffert, Erl. 1 Abs. 2 zu § 53.

[19]) So z. B. in den Fällen der §§ 76, 266.

[20]) Dies verkennen Skonietzki-Gelpcke, Erl. 3 a. E. zu § 53.

nimmt oder auch nur die Erklärung abgibt, daß er die Vertretung übernehme.[21]) Durch die Übernahme tritt eine Unterbrechung des Prozesses nicht ein.[22]) Von der Übernahme an ist die Partei selbst von der Prozeßführung ausgeschlossen, obgleich sie prozeßfähig bleibt. — Weil dies so ist, kann umgekehrt der Pfleger in derselben Weise der Partei die Prozeßführung überlassen; dann scheidet er aus seiner bisherigen Rolle aus.

e) Viele Landesgesetze bestimmen, daß die für die Vermögensverwaltung der Landesherrn und der Mitglieder der jetzigen und gewisser ehemaliger landesherrlicher Familien bestehenden Behörden für ihren Geschäftskreis als gesetzliche Vertreter mit den Rechten und Pflichten der gesetzlichen Vertreter einer nicht prozeßfähigen Partei gelten.[23]) Hiermit ist keineswegs gesagt, daß die Landesherrn usw. prozeßunfähig seien oder auch nur als prozeßunfähig zu gelten hätten. Das erhellt zweifellos daraus, daß nach § 2 des Preuß. AG. zur ZPO. die Partei „verpflichtet" ist, den Eid abzuleisten, wenn er ihre eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen betrifft. Im übrigen ist die Partei nicht dazu „verpflichtet". Sie kann die Prozeßhandlungen durch jene Behörde vornehmen lassen, obwohl sie prozeßfähig ist. Auch zwingt nichts zu der Annahme, daß eine dem König selbst zugestellte Klage als nicht ordnungsmäßig erhoben gelten müßte. Keinesfalls kann sie wegen Prozeßunfähigkeit abgewiesen werden.[24])

In gewissen Fällen schreibt das Gesetz vor, daß die Zustellung nicht an die Partei, sondern an eine andere Person erfolgen muß. So ist jede Zustellung, die in einem anhängigen Prozesse geschieht, an den bestellten Prozeßbevollmächtigten zu richten.[25]) Diese Vorschriften betreffen lediglich die Form, in der die Zustellung auszuführen ist, nicht aber beschränken sie die Prozeßfähigkeit der Partei.[26])

2. Eine besondere, auf gewisse Arten von Rechtsstreitigkeiten beschränkte Prozeßfähigkeit besitzen

---

[21]) Wird die Erklärung nicht in der mündlichen Verhandlung abgegeben, so ist Zustellung eines Schriftsatzes erforderlich. Einer neuen Vollmacht für den von der Partei bestellten Bevollmächtigten bedarf es nicht (vgl. ZPO. § 86).

[22]) So selbst dann nicht, wenn die Partei prozeßunfähig würde (was aber nicht der Fall ist). A. M. Skonietzki-Gelpcke, Erl. 3 zu § 53.

[23]) So Preuß. AG. zur ZPO. § 2 und ähnlich viele andere Staaten. Der § 2 spricht schlechthin von den deutschen Landesherrn, obwohl die Verhältnisse der Landesherrn der anderen deutschen Staaten sich nicht nach preußischem Rechte, sondern nach ihrem Landesrechte bestimmt (EG. zum BGB. Art. 7). Vgl. Wach I 590[8].

[24]) Anders Wach I 590[8].

[25]) §§ 176/9. Der § 172 (Militärpersonen) ist, wie die Motive zu § 151 des Entwurfs bestätigen, im Interesse der militärischen Disziplin gegeben (Unzuträglichkeiten durch Zustellungen in den Kasernements sollen verhütet werden). Die Zustellung an die Militärperson selbst ist vorschriftswidrig, aber nicht unwirksam. So mit Recht Fitting, ZZP. 11 54 f. gegen die Kommentare. Vgl. auch §§ 201, 378.

[26]) Wie dies Planck I 225 bei Note 28 annimmt. Diese Ansicht widerlegt sich schon dadurch, daß die Zustellung im Falle der §§ 176/9 auch nicht an den Vormund der prozeßunfähigen Partei geschehen darf. Planck mußte also auch annehmen, daß der Vormund beschränkt prozeßunfähig werde. Ebenso schließt § 179 den Anwalt der ersten Instanz (regelmäßig) aus, wenn die Entscheidung der zweiten Instanz angefochten werden soll.

a) die minderjährigen und die anderen in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen (1, b) für die Prozesse über solche Rechtsverhältnisse, zu deren Eingehung sie die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit besitzen. Dies ist der Fall

α) hinsichtlich der Prozesse, die über Recht oder Pflicht aus der Eingehung, Aufhebung oder Erfüllung von Dienst- oder Arbeitsverhältnissen geführt werden,[27]) zu deren Eingehung der Minderjährige die allgemeine Ermächtigung erhalten hat und noch besitzt.[28]) Als solche gilt im Zweifel auch die für einen einzelnen Fall erteilte Ermächtigung.[29]) Die Ermächtigung kann jederzeit zurückgezogen werden.

β) Das gleiche gilt, wenn ein Minderjähriger (über 14 Jahre) von seinem gesetzlichen Vertreter zur Übernahme von Schiffsdiensten (Heuerverträge) ermächtigt ist.[30])

γ) Ist dem Minderjährigen von seinem gesetzlichen Vertreter unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichts die Ermächtigung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts (irgendwelcher Art) erteilt, so ist er für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, die der Betrieb dieses Geschäfts mit sich bringt, jedoch mit Ausnahme von derartigen Geschäften, zu denen der ermächtigende Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf.[31]) Demnach ist der Minderjährige prozeßfähig für Streitigkeiten über solche Rechtsverhältnisse, deren Grund ein Rechtsgeschäft[32]) der bezeichneten Art ist, nicht aber darüber hinaus.[33])

---

[27]) Nicht über andere Streitigkeiten, die zwischen dem Dienstberechtigten und Verpflichteten geführt werden, aber nicht Vertragsansprüche zum Gegenstande haben. Bei der Frage, wieweit letztere reichen, ist das Gewerbegerichtsgesetz § 4 (Kaufmannsgerichtsgesetz § 5 Nr. 1—5) zwar nicht direkt maßgebend, eröffnet aber doch den richtigen Gesichtspunkt.

[28]) Vgl. näher BGB. § 113 (mit § 114). Die Ausnahme in § 113 I, 2 bezieht sich auf die Fälle des § 1822 Nr. 6, 7 und gilt nur, wenn der Vormund die Ermächtigung erteilt, nicht aber beim elterlichen Gewalthaber (§ 1643); dagegen bezieht sich die Ausnahme in § 1822 Nr. 12 auf beide Arten von Vertretern. Betrifft der Prozeß ein solches ausgenommenes Rechtsgeschäft, so bleibt es bei der Prozeßunfähigkeit des Minderjährigen, und zwar auch dann, wenn die Genehmigung vom Vormund erteilt ist.

[29]) BGB. § 113 IV. Die Ermächtigung liegt auch in der nach GewO. § 107 für gewerbliche Arbeiter nötigen Beantragung eines Arbeitsbuchs. Hier kann die Gemeindebehörde die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ergänzen (GewO. § 108). Dies wirkt wohl wie die Ergänzung durch das Vormundschaftsgericht (BGB. § 113 III).

[30]) Seemannsordnung vom 2. 6. 1902 §§ 7 II, 8.

[31]) BGB. 112 I. Der Kreis dieser Ausnahmen ist größer beim Vormund (§§ 1821/2) als beim elterlichen Gewalthaber (§ 1643). Folglich ist die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen im zweiten Falle größer, als im ersten. — Volle Bewegungsfreiheit erhält der minderjährige Kaufmann nur durch Volljährigkeitserklärung.

[32]) Einerlei, ob es ein Vertrag oder ein einseitiges Rechtsgeschäft ist (z. B. Auslobung).

[33]) So ist er z. B. nicht prozeßfähig für einen Prozeß wegen des Firmenrechts, wegen unlauteren Wettbewerbs, wegen eines Diebstahls, den ein Kunde im Geschäft beging, wohl aber wegen des Vertragsanspruchs, den der § 463 [2] BGB. aus arglistiger Täuschung über Mängel der Kaufsache gewährt.

Die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit (also auch die Prozeßfähigkeit) hört auf, wenn die Ermächtigung zurückgenommen wird. Dies ist hier aber nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zulässig (BGB. § 112 II).

In den unter α—γ bezeichneten Fällen wirkt die „Ermächtigung" wie eine widerrufliche und in ihrer Tragweite beschränkte Volljährigkeitserklärung. Im Sinne des Gesetzes ist die Konstruktion der Rechtslage so, daß der Minderjährige in dem vorher angegebenen Umfange geschäftsfähig ist und deshalb der Zustimmung zu den einzelnen Geschäften nicht bedarf.[34]) Deshalb ist er für die aus solchen Geschäften entspringenden Prozesse auch prozeßfähig, sowohl als Kläger, wie als Beklagter.

Die Prozeßfähigkeit des Minderjährigen und der ihm gleichgestellten Personen ist gegenständlich beschränkt, nicht inhaltlich. In dem Prozesse, für den sie prozeßfähig sind, können sie alle Prozeßhandlungen vornehmen, aber auch nur solche. Ihre Klaganerkennung und ihr Klagverzicht sind also vollwirksam, da hierbei reine Prozeßhandlungen in Frage stehen.[34a]) Der Prozeßvergleich ist vollwirksam als Prozeßhandlung, also insoweit als der Prozeß durch ihn erledigt wird. Ob er als materielles, den Streitgegenstand regelndes Rechtsgeschäft gültig ist, hängt davon ab, ob der Wert des Gegenstandes 300 Mark übersteigt.[35]) — Wird in dem Prozesse, für den der Minderjährige prozeßfähig ist, von ihm oder gegen ihn eine Aufrechnung geltend gemacht, so ist er für die Verhandlung über sie prozeßfähig. Denn abgesehen davon, daß er auch für Erfüllungsgeschäfte als unbeschränkt geschäftsfähig gilt[36]) und die Aufrechnung (ohne Rücksicht auf den Grund der Gegenforderung) unter sie fällt, kann die Prozeßfähigkeit nur nach dem Gegenstand der Klage, nicht aber nach den Verteidigungsmitteln bestimmt werden.[37]) — Für die Widerspruchsklagen aus §§ 767/8 haben sie als Kläger und Beklagte die Prozeßfähigkeit, da diese

[34]) Anders ist es, wenn der gesetzliche Vertreter eine mehr oder weniger allgemein gefaßte „Einwilligung" (Ermächtigung, Erlaubnis, Anweisung) zu sonstigen Rechtsgeschäften erteilt hat, so z. B. wenn der Vater dem Sohne etwas Geld auf die Universität mitgibt und ihm unter Ermahnung zur Sparsamkeit sagt: „Was du sonst noch brauchst, mußt du dir durch Bewerbung um Stipendien verschaffen." Dies hätte auf die Prozeßfähigkeit keinen Einfluß (trotz BGB. § 110). Anders, wenn er gesagt hätte: „Im übrigen suche dir das Nötige durch Stundengeben zu verdienen." Hier könnte er das Honorar einklagen.

[34a]) Vgl. u. § 125 bei Note 26f.

[35]) So nach § 1822 Nr. 12, verb. mit § 112 I, 2, § 113 I, 2 BGB. A. M. Seuffert, Erl. 2 Nr. 1 a. E. zu § 52, von einer anderen Auffassung des Prozeßvergleichs aus, vgl. u. § 125 bei Note 30f. [36]) So ausdrücklich BGB. § 113 I, 1.

[37]) Dies muß trotz ZPO. § 322 II gelten. Die Frage ist ähnlich der, ob über die Aufrechnung zu verhandeln ist, wenn mit einer Gegenforderung aufgerechnet ist, über die, wenn sie durch Klage geltend gemacht werden sollte, eine andere Art von Gerichten (ordentliches Gericht — Gewerbegericht) zu entscheiden hätte. Bei der Aufrechnung mit Gegenforderungen, über die ein Schiedsgericht zu entscheiden hat, kommt ein anderer Gesichtspunkt in Betracht (vertragsmäßiger Ausschluß der Aufrechnung, soweit durch diese der Zweck des Vertrags vereitelt würde).

Prozesse die Natur von Anhangsprozessen haben.[38]) Widerklagen und Klagerweiterungen (auch Inzidentfeststellungsklagen) können von den Minderjährigen und gegen sie vorgenommen werden, aber natürlich nur, wenn sie einen solchen Gegenstand betreffen, für den sie die Prozeßfähigkeit besitzen.[39]) Dagegen muß ein Dritter die Exekutionsinterventionsklage (ZPO. § 771), die er gegen den Minderjährigen erheben will, seinem gesetzlichen Vertreter zustellen.

Obwohl der Minderjährige in dem bezeichneten Umfange (§§ 112/3 BGB.) als unbeschränkt geschäftsfähig gilt und also prozeßfähig ist, so erlischt die Vertretungsmacht seines gesetzlichen Vertreters nicht. Dies gilt auch in prozessualer Beziehung. Sonach ergibt sich für diese Fälle die analoge Anwendung des § 53 ZPO.[40])

b) Prozeßfähigkeit besitzen die in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten (die Minderjährigen und die ihnen gleichgestellten Personen, § 114 BGB.) in gewissen nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten, nämlich

α) als Ehegatten in allen sie betreffenden Ehesachen (ZPO. § 606), jedoch mit Ausnahme eines Anfechtungsprozesses, in dem der Anfechtungsgrund darin besteht, daß die Eheschließung oder die Bestätigung einer nach BGB. § 1325 I nichtigen Ehe ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erfolgt ist;[41])

β) der Ehemann in dem Prozesse, in dem er die Ehelichkeit eines Kindes anfechten will (ZPO. § 641 II, 1).

In beiden Fällen fehlt dem gesetzlichen Vertreter die Vertretungsmacht für den Ehegatten. Prozeßfähigkeit der Partei und gesetzliche Vertretung derselben in dem Prozesse, für den jene ausnahmsweise prozeßfähig ist, schließen sich hier aus.

c) Ganz singulär ist die Prozeßfähigkeit des wegen Geisteskrankheit oder aus anderen Gründen Entmündigten für den Prozeß, in dem der Entmündigungsbeschluß als ungerechtfertigt angefochten werden soll.[42])

II. Ausländer (ZPO. § 55).

Bei ihnen ist, soweit es nach dem in § 116 unter II aufgestellten Prinzipe auf das bürgerliche Recht ankommt,

1. prinzipiell das Recht ihres Staates maßgebend.[43]) Soweit dieses für die Prozeßfähigkeit günstiger ist als das deutsche Recht, bleibt letzteres außer Betracht, so etwa, wenn nach ihm das Volljährigkeitsalter

---

[38]) Vgl. o. Bd. 1 § 9 S. 49 und in diesem Bande S. 208.

[39]) So auch Wach I 537, Struckmann-Koch, Gaupp-Stein, Seuffert zu § 52.

[40]) Vgl. o. Note 6a und bes. u. Note 48.

[41]) § 612 I. Vgl. u. § 125 I, 3, a.

[42]) ZPO. §§ 664 II (vgl. § 668), 684 I. Anders ist es im Falle des § 679 III (686 II, 2). Vgl. u. § 124 a. E.

[43]) So EG. zum BGB. Art. 7 I. Über Personen, die keinem Staate angehören, s. Art. 29.

niedriger als das deutsche wäre oder wenn eine Entmündigung die Geschäftsfähigkeit nicht aufhöbe[44]) oder nicht beschränkte. Ist ein Ausländer im Inlande entmündigt, so bestimmt sich die Wirkung für uns ausschließlich nach dem deutschen Recht.[45])

2. Ist aber der Nichtreichsangehörige bei Anwendung des deutschen Rechts prozeßfähig, so gilt er als solcher, wenngleich er es nach dem Rechte seines Staates nicht ist,[46]) so z. B. wenn das ausländische Großjährigkeitsalter höher ist als das deutsche oder wenn nach dem ausländischen Recht die Konkurseröffnung oder die Eigenschaft als Frau oder Ehefrau prozeßunfähig macht.

In einem solchen Falle kann der Ausländer vor unseren Gerichten selbst prozessieren, und man ist nicht genötigt, seinen nach ausländischem Rechte noch vorhandenen Vormund in den Prozeß zu ziehen. Eine andere Frage ist, ob dem Vormund die Befugnis zur Erhebung der Klage fehlt, und ob eine Klagzustellung, die an den Vormund erfolgt ist, deshalb der Wirksamkeit entbehrt, weil ja der Beklagte als prozeßfähig gelte. Die Unzulässigkeit eines derartigen Verfahrens wäre ohne weiteres anzunehmen, wenn es richtig wäre, daß ein Prozeßfähiger keinen gesetzlichen Vertreter haben könne. Das Gegenteil folgt aus § 53 ZPO. Es wäre auch zweifellos, daß der Vormund statt des Ausländers prozessieren dürfte (nicht: müßte), wenn er als Pfleger zu bezeichnen wäre.[47]) Wenn er Vormund heißt, so hindert dies aber die analoge Anwendung nicht. Das Wesentliche ist, daß er die gesetzliche Vertretungsmacht für den Ausländer hat, der bei uns als prozeßfähig gilt.[48])

3. Erwirbt ein Ausländer während des Prozesses die Reichsangehörigkeit, so entscheidet nun direkt das deutsche Recht. Nach diesem behält er,

---

[44]) Man denke an lucida intervalla, deren Eintritt den Entmündigten nach deutschem Recht nicht prozeßfähig machen kann.

[45]) EG. zum BGB. Art. 8, s. o. Bd. 1 § 17 [24].

[46]) So ZPO. § 55, im Einklang mit EG. zum BGB. Art. 7 III, WO. Art. 84/5, GewO. § 11[a]. — Ebenso Österr. ZPO. § 3.

[47]) Dann würde § 53 direkt Anwendung finden.

[48]) In der Reichsjustizkommission (Protokolle S. 24) wurde die Frage als zweifelhaft behandelt und „der Praxis überlassen". Jetzt ist die Beurteilung der Frage durch den durch die Novelle von 1898 eingefügten § 53 eine andere geworden. Seuffert (Erl. 4) will den § 53 „wegen der Singularität" dieser Vorschrift nicht anwenden, Skonietzki und Gelpcke (Erl. 3) deshalb nicht, weil ein Verzicht auf die Prozeßfähigkeit nicht statthaft sei, Petersen-Anger (Erl. 4) nicht, weil ein innerer Widerspruch vorliegen und Verwirrung entstehen würde, Wach I 550 deshalb nicht, weil es undenkbar sei, daß eine Partei nach ihrer Wahl den Prozeßfähigen oder Prozeßunfähigen spiele. Alle diese Bedenken beseitigen sich aber durch den Hinweis auf den § 53. — Man bedenke auch, daß dem Interesse des Inländers vollkommen genügt ist, wenn er durch die Minderjährigkeit des Ausländers nicht gehindert wird, mit ihm selbst zu prozessieren. Dagegen wäre es für den Inländer direkt nachteilig, wenn die dem Vormund zugestellte Klage abgewiesen werden müßte und wenn er genötigt wäre, in einer Weise zu prozessieren, die das Urteil der Gefahr aussetzt, im Staate des Gegners nicht anerkannt zu werden. — Wie hier Hellmann, Siebenhaar, Kleiner, Bülow zu § 53 (alt), Pollak 1 § 25 [17].

wenn er nach ausländischem Recht bereits volljährig geworden war oder die Stellung eines Volljährigen erlangt hatte, unbedingt die rechtliche Stellung eines Volljährigen, also auch die Prozeßfähigkeit.[49])

§ 118.

5. Folgen des Mangels der Prozeßfähigkeit. Heilung.

I. Ist eine Partei prozeßunfähig, so äußern sich die Folgen der Fehlerhaftigkeit ihrer Handlung[1]) in verschiedener Weise, je nachdem der Fehler dem Prozeßgründungsakt anhaftet (II) oder im Laufe des ordnungsmäßig begründeten Prozeßverhältnisses bezüglich einzelner Prozeßhandlungen in Frage kommt (III, IV).

Die zu entwickelnden Grundsätze gelten auch dann,

1. wenn der von der prozeßunfähigen Partei bevollmächtigte Vertreter gehandelt hat, und ferner,

2. wenn der Vertreter, der von der prozeßfähigen Partei oder ihrem dazu legitimierten Vertreter bevollmächtigt wurde, prozeßunfähig ist.[2])

Um den Ausdruck zu vereinfachen, wird im folgenden nur davon gesprochen, daß die Partei prozeßunfähig ist.

II. Ist die Klage von einem Prozeßunfähigen selbst erhoben oder ihm selbst zugestellt, so fehlt eine Prozeßvoraussetzung. Das Gericht darf, falls nicht der Mangel geheilt ist (VI), kein sachliches Urteil fällen, sondern muß das mangelhaft begründete Prozeßverhältnis durch Prozeßabweisung lösen.[3]) Dies geschieht unter Verurteilung des Klägers in die Prozeßkosten[4]) in der Form des Endurteils,[5]) sobald auf Grund der mündlichen Verhandlung[6])

---

[49]) EG. zum BGB. Art. 7 II, dessen Inhalt nicht verallgemeinert werden darf.

[1]) Im allgemeinen vgl. schon o. § 114 S. 315.

[2]) Über Mängel in der Person des gesetzlichen Vertreters selbst vgl. u. § 125 I, 2.

[3]) Über und gegen die Auffassung, daß die Prozeßvoraussetzungen Bedingungen für die Existenz des Prozeßverhältnisses seien, vgl. o. § 68 S. 22f. Eine greifbare Wirkung desselben besteht in der Prozeßkostenpflicht (Note 4).

[4]) So auch dann, wenn der Kläger prozeßunfähig ist. Die Klagerhebung ist eben kein Rechtsgeschäft, noch weniger hat die Pflicht zur Kostentragung (ZPO. § 91) die Gültigkeit der Klagerhebung zur Voraussetzung. Der Anwalt des prozeßunfähigen Klägers kann höchstens neben diesem auf Grund des § 102 (Verschulden) verurteilt werden. Er war bevollmächtigt (wenn auch unwirksam) und kann deshalb nicht nach § 89 behandelt werden (unten § 129). So auch RG. 53 S. 65f. Über die Form der Anfechtung der Kostenentscheidungen vgl. u. § 125 III 1.

[5]) Beschlußform schreibt die Österr. ZPO. § 7 vor. In das deutsche System paßt sie nicht. So auch die ganz überwiegende Meinung, auch RG. 18 Nr. 84, 29 Nr. 109, Seuff. Arch. 54 Nr. 111. A. M. Hellmann, ZZP. 27 261, Just, ziv. Arch. 68 322f. Vgl. näher o. § 68 S. 24. — Das Prozeßabweisungsurteil darf niemals als Versäumnisurteil ergehen, weil es niemals auf Grund der Versäumnis, sondern wegen Mangels der Prozeßvoraussetzung ergeht.

[6]) Ohne solche kommt es überhaupt nicht zur Urteilsfällung.

der Mangel feststeht.[7]) Der Umstand, daß der die Klage selbst erhebende Kläger prozeßunfähig ist, hindert es nicht, daß gegen ihn die Prozeßabweisung ausgesprochen wird. Denn dieses Urteil soll gerade im Hinblick auf die angestellte Klage die Prozeßunfähigkeit feststellen; die Partei führt, solange dies nicht rechtskräftig geschehen ist, den Prozeß und kann auch gegen das die Prozeßabweisung aussprechende Urteil Berufung einlegen lassen, um geltend zu machen, daß ihre Prozeßunfähigkeit mit Unrecht angenommen sei. — Das alles gilt entsprechend auch dann, wenn die Prozeßfähigkeit des Beklagten, dem die Klage selbst zugestellt ist, in Frage steht. Namentlich kann der Kläger Rechtsmittel einlegen, wenn er geltend machen will, daß das Gericht fälschlich die Prozeßunfähigkeit des Beklagten angenommen und deshalb mit Unrecht die Prozeßabweisung ausgesprochen habe.[8])

Nach diesen Grundsätzen ist auf Prozeßabweisung auch dann zu erkennen, wenn die Prozeßunfähigkeit einer Partei erst in einem späteren Stadium des Prozesses aufgedeckt wird, ja auch dann, wenn dies erst in höherer Instanz geschieht. Ist z. B. die von einem Geisteskranken erhobene Klage vom Amtsgericht als unbegründet abgewiesen und stellt sich die Geisteskrankheit in der Berufungsinstanz heraus, so hat das Landgericht das Sachurteil aufzuheben und die Prozeßabweisung auszusprechen.[9])

Auch das Revisionsgericht hat den Mangel der Prozeßfähigkeit zu berücksichtigen (§ 551 Nr. 5). So zweifellos, wenn die unteren Instanzen auf Grund der vorgebrachten Tatsachen infolge falscher rechtlicher Beurteilung die Prozeßfähigkeit angenommen hatten. Aber es ist auch zulässig, erst vor dem Revisionsgericht geltend zu machen, daß die von einer Partei erteilte Prozeßvollmacht unwirksam sei, weil der Partei die Prozeßfähigkeit fehle. Dies folgt schon daraus, daß die Legitimation des vor dem Revisionsgericht auftretenden Rechtsanwalts davon abhängig ist. Hierauf ist auch von dem Reichsgericht von Amts wegen zu achten.[10])

Über die Mangelhaftigkeit des Prozeßverhältnisses kann nur in diesem Prozesse entschieden werden. Bevor die Prozeßabweisung rechtskräftig ausgesprochen ist, kann in einem zweiten Prozesse die Einrede der Rechtshängigkeit gemacht werden. Aussetzung des zweiten Prozesses nach § 148 ist möglich.

---

[7]) Über die Möglichkeit, daß zunächst erst eine Frist zur Beseitigung des Mangels gesetzt wird, s. u. VII. Wird einem Antrag auf Vertagung stattgegeben (vgl. § 335[1]), so kommt es noch nicht zur Urteilsfällung.

[8]) Übereinstimmend Gaupp-Stein, Erl. IV 3 zu § 56.

[9]) Anders ist die Rechtslage in dem unter III, 2 erörterten Falle. — Der Unterschied zwischen Abweisung der Klage (durch Sachurteil) und Prozeßabweisung (Abweisung angebrachtermaßen, absolutio ab instantia) wird von Skonietzki-Gelpcke, Erl. 7a a. E. zu § 56 verkannt, wenn sie nach RG. bei Gruchot 40 388 lehren, daß das Gericht statt der Klagabweisung die Verwerfung des Rechtsmittels aussprechen könne. Die Sachentscheidung muß, wenn der Mangel die Prozeßgründung betrifft, aufgehoben werden, mag sie gegen den Kläger oder gegen den Beklagten ausgefallen sein. Vgl. Wach I 604, Gaupp-Stein, Erl. IV 3 zu § 56.

[10]) RG. 27 S. 187, Gaupp-Stein bei Note 9 zu § 561.

III. Ist die Klage bei Prozeßunfähigkeit einer Partei prozeßordnungsgemäß durch ihren gesetzlichen Vertreter oder gegen diesen erhoben, so kann die Partei selbst keine gültigen Prozeßhandlungen vornehmen.

1. Tritt die Partei in einem Termine selbst auf, so ist sie durch Beschluß zurückzuweisen.[11]) Wenn auch ihr gesetzlicher Vertreter nicht erschienen ist, so treten die hiervon abhängigen Rechtsfolgen (z. B. §§ 330/1) ein.

Eine Ausnahme erleidet die Ungültigkeit der Prozeßhandlung eines Prozeßunfähigen

a) bezüglich der Leistung der Eide, die gemäß § 473 II einem Minderjährigen oder einer ihm gleichgestellten Person selbst auferlegt sind,

b) bezüglich der tatsächlichen Erklärungen, die die Partei abgibt, nachdem sie zur Aufklärung des Sachverhältnisses gemäß § 141 neben dem gesetzlichen Vertreter bzw. neben dem Bevollmächtigten erschienen ist.[12])

2. Läßt die prozeßunfähige Partei durch einen von ihr selbst bevollmächtigten Rechtsanwalt gegen ein ordnungsmäßig ergangenes Urteil ein Rechtsmittel einlegen, so ist dieses „als unzulässig zu verwerfen“ (§ 535). Die Rechtslage ist hier bezüglich der Rechtsmittelinstanz analog wie im Falle II. Jene Verwerfung bedeutet in Beziehung auf das Rechtsmittel dasselbe, wie die Prozeßabweisung in Beziehung auf die Klage: Verweigerung jeder sachlichen Entscheidung (im einen Fall bezüglich der Klage, im anderen Fall bezüglich des Rechtsmittels).

Entsprechend ist es, wenn der Prozeßunfähige gegen ein ordnungsmäßig ergangenes Versäumnisurteil selbst den Einspruch erhebt (§ 341).

IV. Prozeßunfähigkeit, die erst im Laufe des Prozesses eintritt, führt niemals zur Prozeßabweisung. Vielmehr hat sie Einfluß nur auf die Art, wie das Prozeßverhältnis weiter zu entwickeln ist. Hat die Partei einen Prozeßbevollmächtigten, so kann dieser Aussetzung des Verfahrens verlangen. Hat sie keinen, so tritt Unterbrechung des Verfahrens ein, bis der Stillstand durch den gesetzlichen Vertreter oder gegen ihn wieder beseitigt ist.[13])

Würde der Prozeßunfähige selbst es versuchen, das Verfahren aufzunehmen und fortzusetzen, so wäre sein Gesuch durch Beschluß als unzulässig zurückzuweisen.[14])

V. Zusatz zu II bis IV. Ist unter Übersehung des Mangels

---

[11]) Ebenso wie in dem Falle, wo der Beklagte im Anwaltsprozesse selbst verhandeln wollte oder wo für ihn nach ordnungsmäßiger Prozeßbegründung ein nicht legitimierter Vertreter auftreten würde, vgl u. §§ 125, 126, 129.

[12]) GGG. § 30 III gibt der prozeßunfähigen Partei ein Recht darauf, in dem vom gesetzlichen Vertreter geführten Prozeß gehört zu werden. Im ordentlichen Verfahren entscheidet das Ermessen des Gerichts.

[13]) ZPO. § 241 mit § 246.

[14]) ZPO. § 252 (Anfechtbarkeit durch Beschwerde).

der Prozeßfähigkeit ein sachliches Urteil gefällt[15]) und rechtskräftig geworden, so hat es die ihm nach seinem Inhalt zukommende Wirkung.[16]) **Es ist** nicht nichtig, aber es kann auf „Nichtigkeitsklage"[17]) hin **vernichtet** werden, weil die Urteilsgrundlage fehlerhaft ist. Die Möglichkeit dieser außerordentlichen Anfechtung fällt fort 1. durch nachträgliche Genehmigung (s. VI), 2. durch Versäumung der in § 586 II bestimmten Anfechtungsfrist. Vor erfolgreicher Durchführung der Anfechtung kann in einem anderen Prozesse nur die Vernichtbarkeit geltend gemacht werden. Dies führt nur dazu, daß der zweite Prozeß bis zur Erledigung der Nichtigkeitsklage ausgesetzt wird (§ 148).

VI. Heilung des Mangels, den die Prozeßführung infolge der Prozeßunfähigkeit hat.

1. Sie tritt ohne Rücksicht auf den Grund der Prozeßunfähigkeit[18]) mit rückwirkender Kraft[19]) ein

a) durch Genehmigung des gesetzlichen Vertreters oder der inzwischen prozeßfähig gewordenen Partei;[20])

b) durch Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses, wenn dieser die Prozeßunfähigkeit herbeiführte und infolge der Anfechtungsklage vernichtet ist.[21])

2. Die Genehmigung erfolgt durch Erklärung (ausdrücklich oder stillschweigend),[22]) bedarf also keiner Form.

So ist es eine genügende stillschweigende Genehmigungshandlung, wenn der gesetzliche Vertreter über die von dem Prozeßunfähigen oder gegen ihn erhobene Klage sachlich verhandelt oder wenn die prozeßfähig gewordene Partei den Rechtsstreit ohne Rüge weiterführt.[23])

Die Genehmigung wird gültig erklärt entweder vor Gericht[24]) oder gegenüber dem Gegner.[25]) Sie heilt nur das bisher Geschehene und bewirkt nicht, daß der Prozeßunfähige nun weiter tätig werden könnte. Soll sie den Lauf des Prozesses beeinflussen — Gegensatz: der Prozeß ist bereits rechtskräftig erledigt —, so muß die Partei, die sich auf sie beruft, sie beweisen.

Die Lage des Prozesses, in der genehmigt wird, und folglich auch die Wirkung

---

15) Auch im Falle IV ist dies möglich, nämlich dann, wenn eine Partei erst nach Eintritt der Prozeßunfähigkeit einen Prozeßbevollmächtigten bestellt hat. Auch im Anwaltsprozeß ist dies möglich, wenn die Klage dem Beklagten vor jenem Eintritt zugestellt war. 16) Die Vollstreckbarkeit folgt direkt aus § 707.

17) ZPO. § 579 Nr. 4. Die Klage muß von dem gesetzlichen Vertreter erhoben werden. 18) Vgl. o. § 114 I 3, § 117.

19) RG. in JWSchr. 1895 S. 237 und bei Gruchot 39 1182; Seuff. Arch. 47 Nr. 95, 54 S. 211. — Soweit es sich um Wahrung einer Frist handelt, muß die Heilung vor ihrem Ablauf erfolgen.

20) Dies folgt aus § 56 II (s. u. S. 341), §§ 551 Nr. 5, 579 Nr. 4.

21) BGB. § 115 I, 1, vgl. o. § 117 2.

22) So bestimmt sowohl § 551 Nr. 5, als auch § 579 Nr. 4.

23) So auch RG. bei Gruchot 44 744 und in JWSchr. 1903 S. 236. — Auch der § 295 (Präklusion) ist in den im Texte bezeichneten Fällen anwendbar. Die Heilung tritt also auch ein, wenn die Person, die genehmigen kann, den Mangel nicht kannte, aber kennen mußte.

24) Auch in Abwesenheit des Gegners. Dann ist § 335 I Nr. 3 zu beachten.

25) Daß die Erklärung nicht an den Prozeßführenden selbst geschehen kann, folgt hier schon aus seiner Prozeßunfähigkeit. Im übrigen vgl. u. § 125 bei Note 37.

der Genehmigung können sehr verschieden sein. Ist bisher nur die Klagerhebung durch oder gegen den Prozeßunfähigen selbst erfolgt, so bewirkt die Genehmigung, daß die Prozeßgründung nun als fehlerlos gilt und der gesetzliche Vertreter den Prozeß weiter zu führen hat. Entsprechend ist die Beurteilung, wenn die Genehmigung im Laufe der Instanz geschieht. Ist der Prozeß bereits durch ein rechtskräftiges sachliches[26]) Urteil beendigt, so bewirkt die Genehmigung, daß die Nichtigkeitsklage (§ 579 Nr. 4) wegfällt, das Urteil also unanfechtbar wird.[27]) Ist das Urteil noch nicht rechtskräftig und lautet es auf Prozeßabweisung, so bewirkt die Genehmigung, daß nunmehr die Prozeßabweisung als ungerechtfertigt erscheint. Das Berufungsgericht hat demgemäß das sie aussprechende Urteil aufzuheben und gemäß § 538 Nr. 2 die Sache in die erste Instanz zurückzuverweisen.[28]) War das Urteil ein sachliches, so bewirkt die Genehmigung der Prozeßführung, daß dieses aus dem Grunde der Prozeßunfähigkeit nicht mehr angefochten werden kann. Die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters heilt auch die von dem Prozeßunfähigen vorgenommene Bevollmächtigung.

3. Geteilte Genehmigung ist unwirksam.

Die Prozeßführung ist eine einheitliche Aktion, weil sie den einen Zweck hat, das Urteil über den Prozeßgegenstand herbeizuführen; wird die Genehmigung erteilt, so wird es so angesehen, als sei der Prozeßunfähige prozeßfähig gewesen. Aus beiden Gründen folgt, daß die Genehmigung nicht auf einen Teil der von ihm oder ihm gegenüber vorgenommenen Prozeßhandlungen beschränkt werden kann.[29]) Sie ist völlig unwirksam, wenn nach Fällung des Urteils der gesetzliche Vertreter Berufung einlegt und ein anderes sachliches Urteil verlangt, indem er etwa die in der ersten Instanz abgelegten Geständnisse oder den sog. Klagverzicht oder die Klaganerkennung von der Genehmigung ausschließt.[30]) Dasselbe gilt, wenn er im Laufe der Instanz eingreift. Er hat nur die Wahl, entweder zu genehmigen oder die Folgen der Prozeßunfähigkeit geltend zu machen. So auch dann, wenn der Prozeß sich in der höheren Instanz befindet. Der gesetzliche Vertreter kann nicht die erste Instanz genehmigen und das, was in zweiter geschehen ist, mißbilligen.[31])

[26]) Ist rechtskräftig auf Prozeßabweisung erkannt, so kann eine Genehmigung natürlich nicht mehr in Frage kommen.

[27]) Man beachte, daß nicht das Urteil genehmigt wird, sondern die Prozeßführung, also die Urteilsgrundlage.

[28]) So zutreffend Seuff. Arch. 54 S. 211 (Klage eines Geisteskranken). Hat das Berufungsgericht wegen Prozeßunfähigkeit auf Prozeßabweisung erkannt, so kann die Genehmigung nicht mehr erfolgen, um auf Grund derselben in der Revisionsinstanz die Aufhebung des Berufungsurteils zu erlangen. Dieses ist mit Recht so gefällt, und die Geltendmachung der Genehmigung wäre das unzulässige Vorbringen einer neuen Tatsache. Vgl. RG. bei Gruchot 40 388.

[29]) Dies ebenso, wie wenn die Genehmigung auf Teile der ein Rechtsgeschäft bildenden Handlungen beschränkt werden sollte.

[30]) Dies hält bezüglich des Verzichts, der Anerkennung und des Vergleichs im ganz analogen Fall des falsus procurator für zulässig Wach I 601 III a. E. mit der Begründung, daß jene Akte „nicht eigentliche Urteilsgrundlage, sondern Urteilssurrogat" seien. Ebenso Gaupp, Note 15 zu § 89 („Dispositionsakte"). Aber Verzicht und Anerkennung sind auch nur Urteilsgrundlage, wie §§ 306 7 zeigen. Sie nehmen keine Sonderstellung ein. Ist das mangelhafte Prozeßverhältnis, das trotz der nicht aufgedeckten Prozeßunfähigkeit einer Partei entstanden war, durch Vergleich gelöst, so kann der gesetzliche Vertreter den Prozeß überhaupt nicht wieder in Gang bringen. War es aber ordnungsmäßig begründet, so bleibt ihm nur die Wahl, entweder alles zu genehmigen oder den Prozeß da fortzusetzen, wo er bis zum Eingreifen des Prozeßunfähigen angelangt war. Der Vergleich ist kein Urteilssurrogat (RG. 53 S. 334). Vgl. u. § 125 bei Note 26f., 30f.

[31]) Dies hält für zulässig Wach I 600, Weismann I § 78 IV. Unmöglich ist

Wird der Prozeß zwischen denselben Parteien über mehrere Prozeßgegenstände oder wird er gegen mehrere Beklagte geführt, so liegen in Wahrheit mehrere Prozesse vor, und es kann die Genehmigung in Beziehung auf den einen verweigert, für den anderen aber gegeben werden.[32])

Klage und Widerklage müssen in rechtlichem Zusammenhang stehen; sie führen nicht nur zu gleichzeitigen Prozessen, sondern zu zusammenhängenden. Deshalb ist die Teilung der Genehmigung unzulässig.[33])

VII. Einstweilige Zulassung des Prozeßunfähigen.

1. Steht die Prozeßunfähigkeit fest, so hat das Gericht in der Regel die sich hieraus ergebende Entscheidung (II—V) sofort zu fällen. Aber mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Heilung (VI) bestimmt der § 56 II, daß das Gericht die prozeßunfähige Partei (ebenso den von ihr bevollmächtigten Vertreter) unter Vorbehalt der Beseitigung des Mangels einstweilen zur Prozeßführung zulassen kann, falls mit dem Verzug Gefahr für die Partei verbunden ist, vor der sie durch die Zulassung bewahrt werden kann.[34]) Das Gericht entscheidet nach freiem Ermessen. Es wird die Zulassung namentlich dann bewilligen, wenn Aussicht auf baldige Heilung vorhanden ist.[35]) Die Zulassung geschieht durch Beschluß (nicht: Zwischenurteil) des Gerichts (nicht: des Vorsitzenden). Der Gegner kann sie nicht anfechten.[36]) — Kann das Gericht die Partei, deren Prozeßunfähigkeit feststeht, zulassen, so kann es dies um so mehr, wenn nur Zweifel am Vorhandensein der Prozeßfähigkeit bestehen.

Diese Zulassung kann sowohl dem Kläger als dem Beklagten gewährt werden. Ein besonderer Antrag ist nicht erforderlich, wohl aber, daß die Partei in dem Termine erschienen ist und verhandeln will.[37])

2. Die Zulassung macht die Partei nicht prozeßfähig, aber sie ge-

---

diese Trennung jedenfalls dann, wenn in der zweiten Instanz bereits Zwischenurteile gefällt sind (arg. § 318). [32]) So auch Wach, Weismann a. a. O.

[33]) Für Zulässigkeit Wach I 600. Danach könnte der Vormund es erreichen, daß über die vom Mündel angestellte Kaufklage in zweiter Instanz sachlich erkannt, die vom Verkäufer angestellte Widerklage auf den Kaufpreis aber durch Prozeßabweisung erledigt würde.

[34]) Beispiel: Bei Abwesenheit oder Saumseligkeit des Vormundes erhebt der bald volljährig werdende Kläger die Räumungsklage gegen einen Mieter, der die Wohnung demoliert. — Anders ist die Situation im Falle des § 57 (u. § 124), in dem es auf eine Gefährdung des Gegners des prozeßunfähigen Beklagten ankommt.

[35]) Sicherheitsleistung erwähnt das Gesetz mit Recht nicht, da der Prozeßunfähige sie nicht gültig leisten kann. Dies scheinen Reincke, Erl. 2 a, Skonietzki-Gelpcke, Erl. 9 zu § 56 zu übersehen.

[36]) Arg. § 567 I. Zurücknahme der gewährten Zulassung ist zulässig. Das Gericht wird sie beschließen, wenn neue Umstände dargelegt werden, die sie als nicht oder nicht mehr gerechtfertigt erscheinen lassen.

[37]) Stellt sich in dem Termine heraus, daß der in Person geladene Beklagte prozeßunfähig ist, so kann der Kläger immer noch den Antrag stellen, daß der Vorsitzende dem Beklagten, weil die Voraussetzungen des § 57 (s. u. § 124) vorliegen, einen besonderen Vertreter bestelle. Will der Vorsitzende dem Antrag stattgeben, so wird das Gericht die Verhandlung vertagen und gegenüber dem Pfleger fortsetzen lassen. Auf diese Weise wird die Prozeßabweisung, die dem (wohlverstandenen) Interesse beider Parteien widerspricht, vermieden.

währt ihr trotzdem die Befugnis, die Prozeßhandlungen vorzunehmen. Sie nötigt also auch den Gegner, an dem Prozesse teilzunehmen, obwohl die Möglichkeit besteht, daß Heilung nicht erfolgt. Auf Grund der Verhandlungen können auch Beweisaufnahmen stattfinden, überhaupt alle Akte mit Ausnahme des Endurteils[38]) erfolgen.[39]) Dieses aber darf erst gefällt werden, wenn es sich entschieden hat, ob die Prozeßführung des Zugelassenen wirksam wird oder unwirksam bleibt.

Zur Beseitigung des Mangels muß das Gericht eine (verlängerbare) Frist bestimmen. Läuft diese ab, ohne daß die Heilung erfolgt, so ist (auf Grund neuer Verhandlung) das Endurteil gemäß dem unter 1 Gesagten zu erlassen.[40]) Ist die Heilung erfolgt, so bestimmt sich der Inhalt des Urteils nach dem Inhalt der Verhandlung.

VIII. Prüfung von Amts wegen.[41])

1. Die Prozeßfähigkeit ist absolute Prozeßvoraussetzung. In jedem Stadium des Verfahrens hat das Gericht zum Schutze der Prozeßunfähigen und zur Vermeidung von vernichtbaren Entscheidungen von Amts wegen den Mangel der Prozeßfähigkeit zu berücksichtigen.[42]) Eine Rüge seitens des Gegners ist nicht erforderlich. Sein Verzicht[43]) auf die Berücksichtigung des Mangels ist ebenso ohne jede Bedeutung wie der eigene Verzicht des Prozeßunfähigen.

Auch die Partei selbst kann auf ihn aufmerksam machen, und so kann auch der Kläger durch Aufdeckung des Mangels (z. B. seiner Minderjährigkeit) die Prozeßabweisung herbeiführen, wenn infolge seiner Prozeßunfähigkeit die Prozeßbegründung mangelhaft ist (II). Auch der gesetzliche Vertreter der Partei kann zu diesem Zwecke in den Prozeß eingreifen, sowohl im Laufe der Instanz als auch in der Weise, daß er unter Versagung der Genehmigung gegen eine unter Übersehung des Mangels ergangene sachliche Entscheidung ein Rechtsmittel einlegt.[44])

---

[38]) Auch die dem Endurteil hinsichtlich der Vollstreckung gleichgestellten Vorbehaltsurteile (§§ 302, 540, 599) dürfen nicht erlassen werden. Darüber ist man einig. Das Zwischenurteil des § 275 will Wach I 597 zulassen, Gaupp-Stein auch das des § 304. Der ratio legis entspricht es, beide als unzulässig zu betrachten. So auch Petersen, Erl. 15 zu § 56, Struckmann-Koch u. a. Gewöhnliche Zwischenurteile (§ 303) sind zulässig.

[39]) Darin liegt der Unterschied von dem Fall, wo nur eine Beweisaufnahme über die Prozeßfähigkeit angeordnet wird. Darin liegt keine Zulassung. Durch Herbeiführung des Beweisverfahrens bringt es die Partei nur tatsächlich dahin, daß sie in der Zwischenzeit für die Erteilung der Genehmigung sorgen kann.

[40]) Bis zum Schluß der Verhandlung kann die Heilung immer noch vorgenommen werden (RG. 14 S. 433). Die Fristsetzung soll nur die Fällung des Endurteils ermöglichen.

[41]) Vgl. besonders Birkmeyer, ZZP. 7 293 f., 375, ZZP. 13 156 f., Hellmann, ZZP. 27 261 f., Stein, Das private Wissen des Richters 92 f., Kommentare zu § 56.

[42]) So auch, wenn er im Laufe des Verfahrens eingetreten ist (vgl. o. IV). — Zu welcher Entscheidung diese Berücksichtigung führt, ist je nach den oben II, III, IV erörterten Möglichkeiten verschieden.

[43]) Vgl. § 274 III.

2. Aus alledem, namentlich aus dem zuletzt Gesagten folgt, daß die Rüge des Beklagten keine Einrede ist. Sie ist weder der Gebrauch eines Prozeßeinrederechts in dem oben Band 1 § 28 festgestellten Sinne, noch ein tatsächliches Vorbringen, das etwas anderes wäre, als Negation der vom Kläger anzuführenden Tatsachen. Wenn das Gesetz in § 274 Nr. 7 von der „Einrede der mangelnden Prozeßfähigkeit" als einer „prozeßhindernden" spricht, so bedeutet dies lediglich, daß der Beklagte in gewissen Fällen[45]) die Befugnis hat, auf Grund der Behauptung der Prozeßunfähigkeit die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern und dadurch selbst die Verhandlung wirksam auf jene Rüge zu beschränken.[46]) Diese Befugnis hat der Beklagte auch bei der Behauptung gewisser wahrer Einrederechte (§ 274 Nr. 3—6). Für den rechtlichen Charakter der Einwendung, für ihren Einfluß auf den Inhalt der Entscheidung ist das Vorhandensein oder Fehlen jener Befugnis (die „Prozeßhinderung") völlig bedeutungslos.[47])

3. Daraus, daß das Gericht den (feststehenden) Mangel von Amts wegen zu berücksichtigen hat (§ 56), folgt, daß es zur Vermeidung der „Nichtigkeit" der Entscheidung auch zu prüfen hat, ob die Prozeßfähigkeit vorhanden ist. Es muß davon überzeugt sein. Das Zugeständnis der Parteien schließt — entgegen dem § 288 — die Beweisbedürftigkeit der relevanten Tatsachen nicht aus. Die Eideszuschiebung ist unstatthaft, zulässig nur der richterliche Eid. Notorische Tatsachen, insbesondere also solche, die das Gericht aus seiner Amtstätigkeit kennt, hat es ohne weiteres zu berücksichtigen, also auch dann, wenn sie von keiner Partei angeführt sind. Hat das Gericht aus irgendwelchem Grunde Veranlassung, an der Prozeßfähigkeit zu zweifeln, so muß es „auf die Bedenken aufmerksam machen" (§ 139 II) und „die Nachweise erfordern" (§ 335 I Nr. 1). Sie zu erbringen, ist Sache der Partei, für die das Vorhandensein der Prozeßfähigkeit nötig ist, um mit ihrem Antrag durchzudringen. In diesem Sinne hat der Kläger die Beweislast für die eigene Prozeßfähigkeit und für die des Beklagten, sofern ordnungsmäßige Klagerhebung die Voraussetzung für die Erlangung einer sachlichen Entscheidung ist. Beantragt der Beklagte, die Klage durch Versäumnisurteil als unbegründet abzuweisen, so liegt es ihm ob, etwaige Zweifel des Gerichts zu beseitigen.[48])

---

[44]) Dies folgt aus § 551 Nr. 5. Über die Revisionsinstanz vgl. II a. E. — In der Unterlassung des Gebrauchs des Rechtsmittels liegt noch keine Genehmigung. In der Beantragung, daß der Mangel berücksichtigt werde, liegt ihre Verweigerung.

[45]) Nicht im Urkundenprozeß (§ 594), niemals vor dem Amtsgericht (§ 504 III, 1) und dem Berufungsgericht (§ 528), auch im landgerichtlichen Verfahren nicht mehr, wenn er nicht rechtzeitig (§ 274 I) gerügt hat.

[46]) Was sonst nur durch Gerichtsbeschluß geschehen kann (§§ 146, 275 I, 504 III, 2, 528, 594).

[47]) Deshalb ist es verfehlt, zu sagen, daß mit der Amtspflicht zur Prüfung ein Parteieinrederecht konkurriere (Reincke, Erl. 1a zu §§ 56/8, Skonietzki-Gelpcke, Erl. 6 zu § 56. Vgl. o. Bd. 1 § 28, bes. unter III.

[48]) § 335 I Nr. 1. Nicht angebotene Beweise hat das Gericht nicht zu erheben,

Bei allen diesen Fragen hat das Gericht davon auszugehen, daß Geisteskrankheit und Entmündigung außerordentliche, nach dem gewöhnlichen Stand und Verlauf der Dinge nicht zu vermutende Zustände sind. Bezüglich der Minderjährigkeit oder Volljährigkeit ist es anders. Die Volljährigkeit ist, wenn Zweifel an ihr bestehen, positiv zu erweisen.

Schwebt ein Entmündigungsverfahren (wegen Geisteskrankheit), so kann das Gericht bis zu seiner Beendigung den Prozeß aussetzen (§ 148).

§ 119.

V. Die sog. Postulationsfähigkeit.

Postulationsunfähig nennt man die Personen, die trotz ihrer Prozeßfähigkeit nicht die Fähigkeit haben, persönlich Prozeßhandlungen vorzunehmen.

I. Kraft Gesetzes sind postulationsunfähig die Parteien, die Nebeninterventienten und ihre Vertreter im Anwaltsprozeß, soweit der Anwaltszwang reicht, es sei denn, daß die beteiligte Person selbst ein bei dem Prozeßgericht zugelassener Rechtsanwalt ist. Die Partei muß hier durch einen von ihr oder ihrem dazu legitimierten Vertreter bestellten Rechtsanwalt vertreten sein, wenn sie gültig handeln will. Das Nähere ist in § 126 dargestellt.

Die Postulationsfähigkeit desjenigen, der die Klagerhebung vornimmt, ist Bedingung der vollwirksamen Vornahme dieses Prozeßakts, also Prozeßvoraussetzung.[1]) Die Rüge ihres Mangels stellt aber nicht etwa eine „prozeßhindernde Einrede" im Sinne der §§ 274/5 (Seite 343) dar.

II. Durch Beschluß kann das Gericht (nicht: der Vorsitzende) solchen Parteien, Bevollmächtigten und Beiständen (jedoch niemals Rechtsanwälten),[2]) denen die Fähigkeit zum geeigneten Vortrag mangelt, den weiteren Vortrag in der mündlichen Verhandlung untersagen (§ 157 I). Ist eine Partei stumm, so muß, wenn die Verständigung durch einen Dolmetscher möglich ist, ein solcher zugezogen werden. Die Zulassung von Tauben hängt vom Ermessen des Gerichts ab (GVG. §§ 188/9).[3])

III. Bevollmächtigte und Beistände, die nicht Rechtsanwälte sind und das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben (sog. Rechts-

---

wie dies in den Fällen des Offizialverfahrens — hier handelt es sich um Offizialprüfung — vorgeschrieben ist (z. B. §§ 622, 653, 952 III). (A. M. Weismann I § 82 III.) § 144 gilt natürlich auch hier.

[1]) Vgl. o. § 66 (S. 14).

[2]) § 157 IV. Gegenüber dem Rechtsanwalt, der zum Vortrag nicht fähig ist, kommt nur Vertagung der Verhandlung in Betracht.

[3]) Über die Gerichtssprache s. o. § 109.

konsulenten), kann das Gericht zurückweisen, es sei denn, daß sie durch eine seitens der Justizverwaltung getroffene Anordnung zugelassen sind.[4])

Zusatz zu II, III. Der zurückweisende Beschluß ist in beiden Fällen der Anfechtung entzogen (§ 157 III). Er führt zunächst zur Vertagung der Verhandlung (§ 158) und nötigt die Partei im Falle II, sich einen Vertreter zu wählen, im Falle III selbst zu handeln oder einen anderen Vertreter zu bestellen. Tut sie es nicht, so gilt sie als nicht erschienen.[5])

VI. Vertreter und Beistände.

1. Allgemeine Lehren der Vertretung.*)

§ 120.

a) Begriff der Vertretung. Maßgebendes Recht.

I. In der gemeinrechtlichen Rechtssprache unterschied man gewöhnlich zwischen direkter (offener, unmittelbarer) Vertretung und indirekter (geheimer, stiller, mittelbarer) Vertretung. Die ZPO. versteht ebenso wie das BGB. unter Vertretern (Bevollmächtigten und gesetzlichen Vertretern) nur solche Mittelspersonen, die man früher als direkte Stellvertreter bezeichnete.

---

[4]) § 157 II, IV. Für Preußen ist ergangen die allgemeine Verfügung des Justizministeriums vom 25. 9. 1899.

[5]) § 158 2. — Hat der (nicht zugelassene) Rechtskonsulent auf Grund fiduziarischer Rechtsübertragung (z. B. Abtretung zu Inkassozwecken) die Klage suo nomine erhoben, so kann er nicht zurückgewiesen werden. Ergibt sich, daß die Abtretung nur zum Schein geschehen ist, so ist seine Klage unbegründet und muß abgewiesen werden.

*) Prozeßrechtliche Literatur: Wetzell §§ 9—11, Planck I §§ 45—49, Wach I §§ 49f., Vorträge (2) 80f., Schmidt § 59, Fitting § 26, Weismann I §§ 24/5, Kleinfeller §§ 45/8. — Kommentare zu §§ 78f. — Hellmann, Bl. f. RA. 45 S. 193f., Hergenhahn, Rechtsprechung über Prozeßbevollmächtigte und Rechtsanwälte (1894), Bunsen, ZZP. 26 290f. — Reicher ist die zivilistische Literatur, die sich zum Teil auch mit dem Prozeßrecht beschäftigt; vgl. Windscheid-Kipp 1 § 73. Hervorzuheben wegen der großen Förderung der Lehre sind Laband, Z. f. HR. 10 183f. (1866) und Lenel, Iherings Jahrb. 36 1f. Umfangreich ist die Literatur, die das Recht des BGB. behandelt. Vgl. außer den Kommentaren und Lehrbüchern: Biermann, Die Lehre von der Vertretung und Vollmacht (Gießener Festgaben für Dernburg) 89f., F. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb (1899), Manigk, Anwendungsgebiet 297f., Hupka, Die Vollmacht 1900 (dazu m. Besprechung in ZZP. 29 520f., wo besonders das Verhältnis der prozessualen zur zivilistischen Vollmacht behandelt ist), Isay, Die Geschäftsführung (1900), Hupka, Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht (1903). Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung. 2 Bde. (1900, 1902), bekämpft die ganze bisherige Auffassung von der Stellvertretung. Sein Angriff, dessen Unhaltbarkeit von ihm selbst durch den Inhalt des zweiten Bandes bewiesen wird und für das Prozeßrecht ganz besonders evident ist, ist bekämpft von M. Rümelin, zivil. Arch. 93 131f., 293f. und Hellmann, ZZP. 31 346f. Die Schrift von Müller-Erzbach, Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung (1905) entwirft kein zutreffendes Bild von der lex lata. — Österr. Recht: Skedl 1 §§ 16, 27, 28, Pollak 1 §§ 27/8 c. cit.

1. Der Tatbestand der Vertretung.

Vertreter in diesem gesetzlichen und für die heutige Rechtssprache maßgebenden Sinne des Wortes [1]) ist, wer 1. statt der Partei [2]) **und** 2. in ihrem Namen handelt oder wem gegenüber in dieser Weise gehandelt wird.

a) Wird der Vertreter tätig, so nennt man die Vertretung eine aktive; der Vertreter handelt; sein Wille und seine Tat sind es, die den relevanten Tatbestand (die Prozeßhandlung oder die Unterlassung) schaffen. Ob er den Willen spontan faßt (so stets der gesetzliche Vertreter eines Prozeßunfähigen) oder ob er dazu durch den Vertretenen veranlaßt wurde, ist für die Frage, ob vertretungsweises Handeln vorliegt, irrelevant. Diese Frage beantwortet sich lediglich danach, wie er aufgetreten ist. Jene Umstände haben in der Regel für das Außenverhältnis keine Bedeutung. [3])

Im privatrechtlichen Verkehr bedeutet die aktive Vertretung, daß der Vertreter statt des Vertretenen das Rechtsgeschäft vornimmt. Zulässigkeit der Vertretung bedeutet hier, daß das Rechtsgeschäft dieselbe Wirkung hat, als hätte der Vertretene es selbst vorgenommen. Also muß der andere Teil es als solches gelten lassen; er kann es nicht deshalb zurückweisen, weil es nicht von dem Vertretenen selbst vorgenommen sei. [4]) Entsprechend ist es bei der Vornahme von Prozeßhandlungen. Ist bei ihnen Vertretung zulässig, so muß das Gericht den gehörig legitimierten Vertreter zulassen, und der Gegner muß sich mit ihm einlassen.

Eine ganz andere Funktion hat der Vertreter bei der sog. passiven Vertretung. Hier wird ihm gegenüber eine Erklärung oder sonstige Rechtshandlung vorgenommen, aber diese betreffen nicht seine Angelegenheit, sondern die des Vertretenen; der Erklärende nimmt sie gegenüber dem Vertreter als solchem vor, also mit der Absicht, ihre Wirkung in der Rechtssphäre des Vertretenen eintreten zu lassen. Der Vertreter spielt keine aktive, sondern lediglich eine passive Rolle.

Diese lange verkannte oder doch nicht oder viel zu wenig beachtete Form

---

[1]) Wach I 558 spricht noch vom mittelbaren Stellvertreter.

[2]) Oder des sonst Beteiligten. Auch der Nebenintervenient oder der an einem Zwischenstreit beteiligte Dritte (z. B. Zeuge) kann vertreten werden. Über die von Vertretern bestellten Vertreter vgl. u. § 126 IV.

[3]) Modifikation: BGB. § 166 II. Vgl. u. § 131.

[4]) In ZZP. 29 524 habe ich in Übereinstimmung mit Wach I 562 gesagt, das Charakteristikum der zulässigen Vertretung liege gerade darin, daß der Gegner die Pflicht habe, sich mit dem Vertreter einzulassen. Bekker, Iherings Jahrb. 49 29 bezeichnet dies als schlechthin falsch. Er meint, man sei doch nicht verpflichtet, sich „mit dem Weinreisenden auf Geschäfte einzulassen". Das ist natürlich richtig. Aber ich brauche auch dem Prinzipal selbst nichts abzukaufen. Um derartige Fälle handelt es sich natürlich nicht, sondern um solche, in denen im Namen des Prinzipals Rechtshandlungen vorgenommen werden, deren Wirksamkeit nicht von der Zustimmung oder Annahme des anderen Teils abhängt, also um die Kündigung, Mahnung, Wahlerklärung, Annahme usw., mithin um die einseitigen Rechtsgeschäfte, von deren vertretungsweiser Vornahme der von mir a. a. O. näher interpretierte § 174 BGB. allein handelt.

der Vertretung [5]) ist für die Erkennung ihres Wesens und für die richtige Beurteilung von vielen Einzelfragen (namentlich der Natur der Vollmacht) von größter Bedeutung. Das BGB. hat dieser Verkennung durch die Vorschriften der §§ 164 III, 180 [3] ein Ende gemacht. Prozessual hat die passive Vertretung eine besonders große, gar nicht zu verkennende Bedeutung. In *reiner* Gestalt erscheint sie bei dem bloßen Zustellungsbevollmächtigten (§§ 174/5). In der Regel ist der Vertreter zugleich aktiver und passiver Vertreter.

b) Der Vertreter handelt und empfängt Erklärungen *an Stelle* der Partei. Das heißt: in einer Angelegenheit, die *rechtlich* und im Außenverhältnisse nicht ihn, sondern den Vertretenen betrifft [6]) und in der dieser deshalb selbst zu handeln [7]) hätte, wenn nicht der Dritte dazwischen treten würde. [7a])

c) Das dritte und wesentlichste Erfordernis ist, daß der Vertreter *im Namen* der Partei handelt. Im Sinne der *modernen* Rechtssprache [8]) bedeutet dies bei aktiver Vertretung, daß die Handlung vom Vertreter mit der Erklärung vorgenommen wird, die ganze Wirkung solle im Verhältnis zu dem Gegner nicht den Handelnden, sondern direkt und ausschließlich den Vertretenen treffen; bei passiver Vertretung bedeutet es, daß der Handelnde die Erklärung zwar an den Vertreter richtet, aber mit dem Zusatze, daß ihre Wirkung nicht in seiner Rechtssphäre, sondern in der des Vertretenen eintreten solle.

---

[5]) Charakteristisch ist, daß ein so sorgfältiger Arbeiter, wie Windscheid es war, die passive Vertretung mit Stillschweigen übergangen hatte. Erst Kipp hat sie in dem von ihm eingeschobenen § 74a in das Lehrbuch gebracht. Auf ihrer Verkennung beruhen viele Irrtümer der früheren Lehre, wie z. B. der Satz, die Vollmacht sei ohne Wissen und Annahme des Vertreters (Vertrag) nicht denkbar. Auch bei Hupka, Vollmacht ist die passive Vertretung nicht genügend beachtet (vgl. Hellwig, ZZP. 29 522). Bei Kleinfeller § 47 [2] findet sich noch der Satz, das Ziel der Bevollmächtigung lasse sich nur durch Vertrag erreichen, weil es darauf gerichtet sei, daß der Bevollmächtigte nicht nur handeln könne, sondern auch zum Handeln verpflichtet sei. Auch beim Zustellungsbevollmächtigten? Über v. Seeler's Auffassung vgl. u. § 128.

[6]) Dies kann sehr wohl zutreffen und trotzdem kann der Vertreter in dem *Innen*verhältnisse der Interessent sein, so z. B. wenn der Kommittent als Vertreter des Verkaufskommissionärs (also ohne Abtretung) die *diesem* vom Käufer geschuldete Summe einzieht oder einklagt oder wenn der Vertreter sonstwie „in rem suam" handelt.

[7]) In den folgenden Erörterungen wird in der Regel die passive Vertretung nicht besonders hervorgehoben. Das „Handeln" umfaßt auch die Empfangnahme der Erklärung. [7a]) Vgl. dazu unten bei Note 20 (S. 352).

[8]) Andere Bedeutung hat es, wenn die römischen Quellen davon sprechen, daß nomine alterius gehandelt wird. Alieno nomine agere oder conveniri (vgl. z. B. l. 25 § 2 D. 44, 2, l. 33 § 4 D. 3, 3, l. 18 § 1 D. 5, 1) bedeutet gerade das Gegenteil von dem, was heute „im Namen eines anderen" prozessieren bedeutet: der römische procurator oder cognitor war Partei des Prozesses, den er über das Rechtsverhältnis eines anderen und unter Hinweis auf ihn als den Berechtigten oder Verpflichteten (nomine alterius) führte. Die römische Prozeßvertretung ist *nicht* Vertretung im heutigen Sinne dieses Wortes. Vgl. näher u. § 122 I. Suo nomine agere heißt in den Quellen: über eigenes Recht prozessieren (z. B. l. 46 pr., l. 55 D. 3, 3).

Die Vertretungsabsicht (in dem oben bezeichneten Sinne) muß also bei der aktiven Vertretung von dem Vertreter geäußert werden, bei der passiven aber lediglich von dem Gegner, der gegenüber dem Vertreter handelt.

Daß dies heute der Sinn des Handelns „im Namen" eines anderen ist, ist für das BGB. durch § 164 für alle Arten der Vertretung außer Zweifel gestellt. Umgekehrt dürfen wir ein Handeln, bei dem jene Ablenkung der Wirkung als gewollt oder der Handelnde auch nur als Vertreter (Vormund, Bevollmächtigter usw.) eines anderen bezeichnet ist, mit dem kurzen technischen Ausdruck: „Handeln in fremdem Namen" benennen.

Im prozessualen Rechtsverkehr ist dieses dritte Erfordernis besonders deutlich und zweifellos.[8a]) Bei der Klagerhebung und bei jeder anderen Rechtshandlung muß die Partei bezeichnet sein. Wer als Vertreter fungieren will oder soll, hat sich entweder als solchen zu bezeichnen oder zu sagen, daß er im Namen des anderen handle; bei der Zustellung von Schriftstücken ergibt sich in der Regel schon aus ihrem Inhalt, daß dem Adressaten als Vertreter zugestellt wird.

d) Ein durchgreifender Gegensatz zwischen der Vertretung bei Rechtsgeschäften und der Vertretung in der Prozeßführung wird durch die Verschiedenheit des Geschäfts begründet, um das es sich handelt. Im ersten Fall ist es ein momentaner Akt; bei einseitigen Rechtsgeschäften (so auch bei der Stellung eines Antrags oder bei der Annahme eines solchen) ist er mit der Abgabe der Willenserklärung, bei dem in anderer Weise sich vollziehenden Vertragsschluß mit der Zustimmung zu dem Vertragsentwurf (z. B. mit der Unterschrift) vollendet. Verhandlungen, die vorausgehen, haben nur vorbereitende Bedeutung. Bei der Prozeßführung aber handelt es sich um eine mehr oder weniger lange Reihe von Handlungen oder Unterlassungen und von Entgegennahmen von Entscheidungen und Erklärungen. Alle diese Akte stehen in Verbindung miteinander; aber sie alle haben unmittelbar keine selbständige Bedeutung, sondern sind nur Mittel zu dem einen gemeinsamen Zwecke: der Herbeiführung der Entscheidung.

2. Die Vertretungsmacht.

Die Frage, ob jemand Vertreter ist oder gewesen ist, beantwortet sich lediglich danach, wie er gehandelt hat, nicht aber danach, ob er Vertretungsmacht hatte oder nicht. Hiervon hängt nur die Wirkung des Tatbestandes (der vertretungsweise vorgenommenen Handlung) ab. Vertretungsmacht (legitimatio ad processum) ist die Macht zu rechtswirksamer Vertretung, also die Befugnis des aktiven Vertreters, die Rechtshandlung so vorzunehmen, daß die ihr zukommende Wirkung un-

[8a]) Hätte Schloßmann die prozessualen Verhältnisse mehr ins Auge gefaßt, so hätte er wohl nicht behauptet, daß die Begriffe Handeln im eigenen Namen und Handeln in fremdem Namen „inhaltslos" seien (Bd. 1 S. 379).

mittelbar und ausschließlich für und gegen den Vertretenen eintritt; bei der passiven Vertretung bedeutet Vertretungsmacht die Befugnis des anderen Teils, die Handlung gegenüber dem Vertreter mit Wirkung gegen den Vertretenen vorzunehmen.

a) Ist die Vertretungsmacht vorhanden, so verwirklicht sich die Vertretungsabsicht.

b) Ist jene nicht vorhanden, so kann die Vertretungsabsicht sich zunächst nicht verwirklichen. Inhalt und beabsichtigte Wirkung der Prozeßhandlung decken sich nicht. Hierdurch kann eine schwierige Rechtslage entstehen, über die in den §§ 125, 129 näher zu handeln ist. Hier ist nur sogleich auf einen Punkt aufmerksam zu machen, der für die richtige Beurteilung der Fragen der prozessualen Stellvertretung von größter Bedeutung ist und in dem ein hochbedeutsamer Gegensatz zu der Vertretung bei Rechtsgeschäften besteht.

Wird ein Rechtsgeschäft von einem Vertreter oder gegenüber einem solchen vorgenommen, so bewirkt der Mangel der Vertretungsmacht, daß die Geschäftswirkung in der Person des Vertretenen ausbleibt. Diese kann nur durch Genehmigung eintreten.

Die Prozeßhandlungen haben keine selbständige Bedeutung. Sie werden — im Gegensatz zu den Rechtsgeschäften — nicht um ihrer selbst willen vorgenommen, sondern sind lediglich Mittel zur Herbeiführung der gerichtlichen Handlungen, in letzter Linie also zur Erzielung der Endentscheidung. Die Entscheidung des Gerichts aber schöpft ihre Kraft nicht aus der Handlung der Parteien [9]) oder der Vertretungsmacht derer, die in ihrem Namen gehandelt haben, sondern aus der Autorität der Staatsgewalt, als deren Organ das Gericht entscheidet. Wie das Urteil nicht zur Zahlung an den Vertreter (im Namen der vertretenen Partei) verurteilt, so verurteilt es auch nicht den Vertreter im Namen der Partei, sondern diese selbst. So ist es nicht nur beim Endurteil, sondern auch bei anderen Entscheidungen.[10]) Die Vertretungsmacht des Vertreters bildet die Voraussetzung ihres Erlasses, aber nicht die Bedingung ihrer Wirksamkeit, wie dies bei Rechtsgeschäften allerdings der Fall ist.

Hieraus folgt: Fehlt dem Vertreter die Vertretungsmacht, so ist zwar die von dem Vertreter und ihm gegenüber vorgenommene Prozeßführung

---

[9]) Man denke nur an den Fall, daß ein Prozeßunfähiger selbst prozessiert hat. Vgl. o. § 118.

[10]) De lege ferenda ist deshalb die Bestimmung zu fordern, daß dem Gerichte in jedem Falle die Vertretungsmacht nachgewiesen werden muß. Es ist ein Fehler, daß es nicht so ist. Vgl. u. § 128 II, 2. — Hier mag schon auf folgendes hingewiesen werden. Die Partei, in deren Namen ein falsus tutor oder procurator Prozeßhandlungen vornehmen oder weiter vornehmen will, hat das Recht, dagegen zu protestieren, daß sie vom Gericht als Partei behandelt werde. Sie braucht nicht erst abzuwarten, bis ein Urteil auf ihren Namen gefällt ist und dann von ihr angefochten werden muß. Vgl. u. § 125 bei Note 43, § 129 bei Note 8.

für die vertretene Partei unverbindlich. Aber trotzdem ist die Entscheidung, die das Gericht auf ihren Namen gefällt hat, wirksam. Nur die Folge hat der Mangel der Vertretungsmacht, daß die Entscheidung deshalb schlechthin angefochten werden kann, das rechtskräftige Urteil sogar noch mit der Nichtigkeitsklage.[11]) Dabei gilt der Grundsatz, daß der Vertreter, der sich als legitimierten Vertreter ausgegeben hat und als solcher im Prozesse behandelt ist,[12]) auch bezüglich der Zustellung des Urteils, das auf Grund seiner Prozeßführung[13]) gefällt ist, als legitimierter Vertreter behandelt wird.[14]) Denn sonst würde die Möglichkeit, daß ein gegenüber einem nicht legitimierten Vertreter ergangenes Urteil rechtskräftig wird, in all den Fällen nicht in Betracht kommen können, in denen die Rechtskraft von der Zustellung des Urteils abhängig ist. Der § 579 Nr. 4 (verbunden mit § 578) setzt aber diese Möglichkeit voraus. Überhaupt muß jede Partei ein Verfahren, das auf Grund der Handlungen eines Vertreters auf ihren Namen anhängig ist, als solches gelten lassen. Die Frage, ob der Vertreter, der die Klage erhoben hat oder dem sie im Namen des Beklagten zugestellt ist, die nötige Vertretungsmacht besitzt, kann nur innerhalb jenes Verfahrens zur Entscheidung gebracht werden. Hat ein falsus tutor oder procurator geklagt, so kann der Vertretene, wenn er dieselbe Klage selbst oder durch einen verus procurator oder tutor erhebt, die Einrede der Rechtshängigkeit nicht durch die Replik der mangelnden Vertretungsmacht beseitigen.[15])

Ganz anders ist es in allen diesen Beziehungen, wenn einem Prozeßführenden das Prozeßführungsrecht oder die Sachlegitimation fehlt oder gefehlt hat. Die Prozeßführung und das Urteil wirken gegen ihn selbst, aber sie

---

[11]) §§ 551 Nr. 5, 579 Nr. 4, wo nicht von der Genehmigung des Urteils, sondern der Prozeßführung als dem Grunde, der die Anfechtung ausschließt, die Rede ist. Das Urteil kann und braucht nicht genehmigt zu werden. Der Staat spricht in dem Urteil, und er steht über den Parteien.

[12]) Sehr leicht kann dies im Anwaltsprozesse, ohne daß das Gericht irgend ein Vorwurf trifft, vorkommen, weil hier das Gericht die Bevollmächtigung nicht von Amts wegen zu prüfen hat (§ 88). Man denke ferner an gefälschte Ausweise oder an den Fall, daß das Gericht es versäumt hat, die Legitimation des Vertreters gehörig zu prüfen.

[13]) Anders würde es sein, wenn das Urteil (ohne Fehler) gegen den A ergangen wäre und nun die Zustellung an seinen vermeintlichen Vertreter geschähe. Hier wäre die Zustellung nichtig, und das Urteil könnte durch sie nicht rechtskräftig werden.

[14]) Beispiel: Für den Beklagten erscheint vor der Zivilkammer der Rechtsanwalt A, der sich fälschlich als Bevollmächtigten ausgibt. Auf Antrag beider Anwälte wird die Verhandlung vertagt. Nun bleibt A aus, und es ergeht gegen den Beklagten Versäumnisurteil. Ist dieses dem A zugestellt, so wird es nach Ablauf der Einspruchsfrist rechtskräftig. Der Beklagte muß es gelten lassen, bis er es durch Nichtigkeitsklage beseitigt hat (Frist: § 586 III). So mit Recht RG. 38 Nr. 108, zustimmend die Kommentare zu § 586. Entsprechend wäre es, wenn im Namen des Beklagten ein falsus tutor gehandelt hätte.

[15]) Die Aussetzung des zweiten Prozesses bis zur Erledigung des ersten (§ 148) ist das Mittel, um die Bedürfnisse des Rechtslebens zu befriedigen.

wirken nicht gegenüber der richtigen Partei. Diese hat und braucht auch die Richtigkeitsklage nicht.[16])

II. Fassen wir die unter I gewonnenen Ergebnisse zusammen, so ist die Vertretung zu charakterisieren

1. hinsichtlich des Tatbestandes:

entweder als die Vornahme einer Rechtshandlung (Rechtsgeschäft oder Prozeßhandlung), die an sich einem anderen zukäme, in der (erklärten) Absicht, die ihr nach ihrem Inhalt zukommende Wirkung für den anderen (den Vertretenen) direkt so hervorzubringen, als hätte dieser selbst die Handlung vorgenommen (aktive Vertretung);

oder als die Vornahme einer Rechtshandlung, die an sich gegenüber einem anderen (dem Vertretenen) vorzunehmen wäre, mit der Absicht, die ihr nach ihrem Inhalt zukommende Wirkung durch Handeln gegenüber dem Vertreter so hervorzubringen, als wäre sie dem Vertretenen gegenüber vorgenommen (passive Vertretung).

2. Hinsichtlich der Wirkung liegt das Kennzeichen der Vertretung darin, daß der Rechtserfolg, welcher der vertretungsweise vorgenommenen Handlung nach ihrem Inhalte zukommt, direkt und ausschließlich in der Rechtssphäre des Vertretenen eintritt, wenn der Vertreter Vertretungsmacht hatte.

Wo diese Kennzeichen vorliegen, ist Vertretung im Sinne des heutigen Rechts anzunehmen,[17]) so auch bei dem „Beistande" (unten § 134). Wo auch nur eines der Kennzeichen fehlt, liegt sie nicht vor, also

a) nicht beim Boten. Er nimmt nicht die Rechtshandlung vor, sondern ist das Instrument, durch das der Beteiligte selbst handelt. Vgl. näher u. § 121.

b) Es gibt zahlreiche Fälle, in denen die Rechtshandlung, die der eine vornimmt, auch in der Rechtssphäre eines anderen direkt Rechtswirkungen hervorbringt, der Handelnde aber trotzdem nicht Vertreter des anderen ist, weil er im eigenen Namen handelt und die Wirkung prinzipaliter ihn selbst trifft. Materiellrechtlich gehören hierher die Verwaltungshandlungen, die der Ehemann kraft seines Verwaltungsrechts (suo nomine) vornimmt; die Eingehung eines Verpflichtungsgeschäfts durch die Frau, durch das sie, weil

---

[16]) Dies gilt z. B. vom Testamentsvollstrecker oder Ehemann oder Konkursverwalter, wenn der Erbe oder die Ehefrau oder der Gemeinschuldner entgegen BGB. §§ 2212, 1400 II, KO. §§ 6, 7 prozessierten. Das Urteil berührt jene Personen nicht.

[17]) Deshalb muß ich daran festhalten, daß der Testamentsvollstrecker in der Verwaltung des Nachlasses (Gegensatz s. o. Bd. 1 § 44 [37, 38]) Vertreter ist. Die von ihm als solchem vorgenommenen Erwerbshandlungen vermehren direkt den Nachlaß, während der Ehemann suo nomine handelt und deshalb die Frau nur kraft der Surrogationsvorschrift des § 1381 (also durch seine Person hindurch) berechtigen kann. Die Verpflichtungsgeschäfte des Testamentsvollstreckers belasten lediglich den Nachlaß (nicht ihn selbst, direkt auch nicht den Erben). Die Prozeßhandlungen, die er als Verwalter des Nachlasses vornimmt, berühren direkt und ausschließlich den Nachlaß (ZPO. §§ 327, 748, 780 I). Ebenso ist es bei den anderen Verwaltern der selbständigen Sondervermögen.

für die vertretene Partei unverbindlich. Aber trotzdem ist die Entscheidung, die das Gericht auf ihren Namen gefällt hat, wirksam. Nur die Folge hat der Mangel der Vertretungsmacht, daß die Entscheidung deshalb schlechthin angefochten werden kann, das rechtskräftige Urteil sogar noch mit der Nichtigkeitsklage.[11]) Dabei gilt der Grundsatz, daß der Vertreter, der sich als legitimierten Vertreter ausgegeben hat und als solcher im Prozesse behandelt ist,[12]) auch bezüglich der Zustellung des Urteils, das auf Grund seiner Prozeßführung[13]) gefällt ist, als legitimierter Vertreter behandelt wird.[14]) Denn sonst würde die Möglichkeit, daß ein gegenüber einem nicht legitimierten Vertreter ergangenes Urteil rechtskräftig wird, in all den Fällen nicht in Betracht kommen können, in denen die Rechtskraft von der Zustellung des Urteils abhängig ist. Der § 579 Nr. 4 (verbunden mit § 578) setzt aber diese Möglichkeit voraus. Überhaupt muß jede Partei ein Verfahren, das auf Grund der Handlungen eines Vertreters auf ihren Namen anhängig ist, als solches gelten lassen. Die Frage, ob der Vertreter, der die Klage erhoben hat oder dem sie im Namen des Beklagten zugestellt ist, die nötige Vertretungsmacht besitzt, kann nur innerhalb jenes Verfahrens zur Entscheidung gebracht werden. Hat ein falsus tutor oder procurator geklagt, so kann der Vertretene, wenn er dieselbe Klage selbst oder durch einen verus procurator oder tutor erhebt, die Einrede der Rechtshängigkeit nicht durch die Replik der mangelnden Vertretungsmacht beseitigen.[15])

Ganz anders ist es in allen diesen Beziehungen, wenn einem Prozeßführenden das Prozeßführungsrecht oder die Sachlegitimation fehlt oder gefehlt hat. Die Prozeßführung und das Urteil wirken gegen ihn selbst, aber sie

---

[11]) §§ 551 Nr. 5, 579 Nr. 4, wo nicht von der Genehmigung des Urteils, sondern der Prozeßführung als dem Grunde, der die Anfechtung ausschließt, die Rede ist. Das Urteil kann und braucht nicht genehmigt zu werden. Der Staat spricht in dem Urteil, und er steht über den Parteien.

[12]) Sehr leicht kann dies im Anwaltsprozesse, ohne daß das Gericht irgend ein Vorwurf trifft, vorkommen, weil hier das Gericht die Bevollmächtigung nicht von Amts wegen zu prüfen hat (§ 88). Man denke ferner an gefälschte Ausweise oder an den Fall, daß das Gericht es versäumt hat, die Legitimation des Vertreters gehörig zu prüfen.

[13]) Anders würde es sein, wenn das Urteil (ohne Fehler) gegen den A ergangen wäre und nun die Zustellung an seinen vermeintlichen Vertreter geschähe. Hier wäre die Zustellung nichtig, und das Urteil könnte durch sie nicht rechtskräftig werden.

[14]) Beispiel: Für den Beklagten erscheint vor der Zivilkammer der Rechtsanwalt A, der sich fälschlich als Bevollmächtigten ausgibt. Auf Antrag beider Anwälte wird die Verhandlung vertagt. Nun bleibt A aus, und es ergeht gegen den Beklagten Versäumnisurteil. Ist dieses dem A zugestellt, so wird es nach Ablauf der Einspruchsfrist rechtskräftig. Der Beklagte muß es gelten lassen, bis er es durch Nichtigkeitsklage beseitigt hat (Frist: § 586 III). So mit Recht RG. 38 Nr. 108, zustimmend die Kommentare zu § 586. Entsprechend wäre es, wenn im Namen des Beklagten ein falsus tutor gehandelt hätte.

[15]) Die Aussetzung des zweiten Prozesses bis zur Erledigung des ersten (§ 148) ist das Mittel, um die Bedürfnisse des Rechtslebens zu befriedigen.

wirken nicht gegenüber der richtigen Partei. Diese hat und braucht auch die Nichtigkeitsklage nicht.[16])

II. Fassen wir die unter I gewonnenen Ergebnisse zusammen, so ist die Vertretung zu charakterisieren

1. hinsichtlich des Tatbestandes:

entweder als die Vornahme einer Rechtshandlung (Rechtsgeschäft oder Prozeßhandlung), die an sich einem anderen zukäme, in der (erklärten) Absicht, die ihr nach ihrem Inhalt zukommende Wirkung für den anderen (den Vertretenen) direkt so hervorzubringen, als hätte dieser selbst die Handlung vorgenommen (aktive Vertretung);

oder als die Vornahme einer Rechtshandlung, die an sich gegenüber einem anderen (dem Vertretenen) vorzunehmen wäre, mit der Absicht, die ihr nach ihrem Inhalt zukommende Wirkung durch Handeln gegenüber dem Vertreter so hervorzubringen, als wäre sie dem Vertretenen gegenüber vorgenommen (passive Vertretung).

2. Hinsichtlich der Wirkung liegt das Kennzeichen der Vertretung darin, daß der Rechtserfolg, welcher der vertretungsweise vorgenommenen Handlung nach ihrem Inhalte zukommt, direkt und ausschließlich in der Rechtssphäre des Vertretenen eintritt, wenn der Vertreter Vertretungsmacht hatte.

Wo diese Kennzeichen vorliegen, ist Vertretung im Sinne des heutigen Rechts anzunehmen,[17]) so auch bei dem „Beistande" (unten § 134). Wo auch nur eines der Kennzeichen fehlt, liegt sie nicht vor, also

a) nicht beim Boten. Er nimmt nicht die Rechtshandlung vor, sondern ist das Instrument, durch das der Beteiligte selbst handelt. Vgl. näher u. § 121.

b) Es gibt zahlreiche Fälle, in denen die Rechtshandlung, die der eine vornimmt, auch in der Rechtssphäre eines anderen direkt Rechtswirkungen hervorbringt, der Handelnde aber trotzdem nicht Vertreter des anderen ist, weil er im eigenen Namen handelt und die Wirkung prinzipaliter ihn selbst trifft. Materiellrechtlich gehören hierher die Verwaltungshandlungen, die der Ehemann kraft seines Verwaltungsrechts (suo nomine) vornimmt; die Eingehung eines Verpflichtungsgeschäfts durch die Frau, durch das sie, weil

[16]) Dies gilt z. B. vom Testamentsvollstrecker oder Ehemann oder Konkursverwalter, wenn der Erbe oder die Ehefrau oder der Gemeinschuldner entgegen BGB. §§ 2212, 1400 II, KO. §§ 6,7 prozessierten. Das Urteil berührt jene Personen nicht.

[17]) Deshalb muß ich daran festhalten, daß der Testamentsvollstrecker in der Verwaltung des Nachlasses (Gegensatz s. o. Bd. 1 § 44 [37, 38]) Vertreter ist. Die von ihm als solchem vorgenommenen Erwerbshandlungen vermehren direkt den Nachlaß, während der Ehemann suo nomine handelt und deshalb die Frau nur kraft der Surrogationsvorschrift des § 1381 (also durch seine Person hindurch) berechtigen kann. Die Verpflichtungsgeschäfte des Testamentsvollstreckers belasten lediglich den Nachlaß (nicht ihn selbst, direkt auch nicht den Erben). Die Prozeßhandlungen, die er als Verwalter des Nachlasses vornimmt, berühren direkt und ausschließlich den Nachlaß (ZPO. §§ 327, 748, 780 I). Ebenso ist es bei den anderen Verwaltern der selbständigen Sondervermögen.

es mit Zustimmung des Mannes geschlossen wurde, eine Eheguts- oder Gesamtgutsverpflichtung erzeugt (BGB. §§ 1412, 1460); die Verfügung, welche ein Nichtberechtigter suo nomine, aber trotzdem wirksam trifft, weil der Berechtigte seine Zustimmung gegeben hat oder weil der Erwerber durch seinen guten Glauben geschützt ist.

Auch im Prozesse ist die Vertretung (im technischen Sinne) nicht die einzige Form, in der fremde Interessen wahrgenommen werden können. Die prozessualen Rechtsfiguren, die unter diesen Gesichtspunkt fallen, sollen in § 122 zusammengestellt werden.

c) Nicht Stellvertretung liegt vor, wenn ein Dritter sich für die Partei ausgibt und durch diese Täuschung den Anschein erweckt, als habe die Partei selbst gehandelt.[18])

III. Internes Verhältnis.

1. Bei allen Fragen des Vertretungsrechts handelt es sich lediglich um das Verhältnis nach außen, d. h. um die Rechtsbeziehungen, die infolge der vertretungsweise (I) vorgenommenen Rechtshandlung im Verhältnisse des Vertretenen oder des Vertreters zu dem Gegner entstehen oder nicht entstehen.

Von diesem Außenverhältnis ist auf das schärfste zu trennen das interne Verhältnis, d. h. die Rechtsbeziehung zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter. Das Innenverhältnis kann von der verschiedensten Art sein. Aber diese Unterschiede kommen für das Außenverhältnis nicht in Betracht.

In dem Handeln des aktiven Stellvertreters liegt allemal die Besorgung eines „Geschäfts“[19]) des Vertretenen, d. h. die Erledigung einer bestimmten Angelegenheit, die nach außen als eine solche des Vertretenen erscheint. Es kann sein, daß er ohne Autorisation (als Geschäftsführer ohne Auftrag) oder mit solcher handelt. Er kann diese besitzen als gesetzlicher Vertreter (also kraft Amtspflicht) oder kraft Vertrags, sei es als Beauftragter (ohne Entgelt), oder gegen Entgelt,[20]) oder als Gesellschafter, oder lediglich im eigenen Interesse und für eigene Rechnung (in rem suam). Es gibt auch gesetzliche Vertreter, die mit der vertretenen Partei in einem Vertragsverhältnisse stehen.[21])

Es ist sehr wohl möglich, daß eine Vertreterhandlung als solche (also nach außen) vollwirksam ist, nach innen aber als Verletzung einer gesetzlichen oder vertragsmäßigen Verpflichtung erscheint.[22]) Ebenso ist das Umgekehrte möglich, z. B. wenn dem Bevollmächtigten die Vollmacht durch die ohne

---

[18]) Vgl. hierüber o. § 113 III. Auch beim Stellvertreter, Zeugen oder Sachverständigen ist eine solche Täuschung denkbar.

[19]) BGB. §§ 662, 675, KO. § 23.

[20]) Dienstvertrag oder Werkvertrag, vgl. näher o. § 87 S. 134 5.

[21]) Man denke an Vereinsvorstände (BGB. § 27).

[22]) Vgl. ZPO. § 54 u. dazu unten § 125 I 3; ZPO. § 81 u. dazu u. § 130 III.

sein Wissen an den Gegner erfolgte Anzeige (§ 87) entzogen ist. Was er jetzt tut, tut er ohne Vertretungsmacht, aber solange das Vertragsverhältnis nicht durch eine an ihn gerichtete Kündigung gelöst ist, handelt er vertragsmäßig.

2. Die scharfe Unterscheidung zwischen dem Außen- und Innenverhältnis ist in dem BGB. und anderen neuen Gesetzen in aller Klarheit durchgeführt. In der ZPO. ist nur das Außenverhältnis, das reine Vertretungsrecht geregelt. Das Innenverhältnis läßt sie vollkommen korrekt ganz außer Betracht. Schon durch diese Verteilung der gesetzgeberischen Aufgabe kam es, daß die ZPO. die oben bezeichnete Scheidung streng durchgeführt hat.[23])

IV. Maßgebendes Recht.

Die Fragen des prozessualen Vertretungsrechts sind aus den Vorschriften über das Prozeßrecht zu beantworten. Das bürgerliche Recht ist nur insoweit maßgebend, als die ZPO. darauf verweist, was namentlich bei der gesetzlichen Vertretung in reichem Maße geschehen ist. Die Vorschriften des BGB. über die Vertretung bei der Vornahme von Rechtsgeschäften finden auf die Vertretung in Prozeßhandlungen keine Anwendung. Sie können nur in Betracht kommen, soweit die ZPO. Lücken läßt, und dann nur insofern, als in den Normen des BGB. ein Rechtsgedanke zum Ausdruck gelangt, der dem allgemeinen Wesen der Stellvertretung entspricht. Es wird später zu zeigen sein, daß die Vorschriften der ZPO. und des BGB. in den Grundgedanken vielfach Übereinstimmung zeigen, in sehr wesentlichen Punkten aber verschieden sind.[24])

§ 121.

b) Der Bote. Die Zustellungsorgane.

I. Der Bote.

1. Daß die Tätigkeit eines Boten von der eines Vertreters (im technischen Sinne) im Tatbestande und in der Rechtswirkung verschieden ist, ist nach dem Rechte des BGB. zweifellos.[1]) Vertreter ist eine solche Mittelsperson, welche die Willenserklärung als die eigene, aber im Namen des Vertretenen „abgibt" (§ 164^I^) oder an die sie im Namen des Vertretenen gerichtet

[23]) Nur zwei Bestimmungen erinnern daran, daß sie aus einer Zeit stammen, in der man in der Wissenschaft noch keineswegs zu der reinlichen Scheidung des Außen- und Innenverhältnisses gelangt war, die wir besonders der Arbeit von Laband (Note *) verdanken. Es ist der § 87 (vgl. u. § 133) und § 89 (vgl. u. § 129).

[24]) Vgl. nam. u. §§ 133/4.

[1]) Das Gegenteil suchte Savigny, OblR. 2 § 57 zu beweisen. Er hat auch bei neueren Schriftstellern Nachfolge gefunden. Literatur s. oben § 120*. Neuere Untersuchungen: Fleck, Bürgerl. Arch. 15 337 f., Schloßmann 1 304 f., Rümelin, Arch. f. ziv. Pr. 93 152 f., Bekker, Jherings Jahrb. 49 33 f. Aus älterer Zeit vgl. nam. Mitteis, Stellvertretung 130 f.

wird (§ 164 III). Bote ist eine solche Mittelperson, die nur „zur Übermittlung einer Willenserklärung verwendet“ wird (§ 120).[2])

Der Unterschied im Tatbestande dieser beiden Hilfsleistungen ist nicht zu verkennen, wenn die Willenserklärung schriftlich[3]) formuliert ist und von der Mittelsperson einfach an den Adressaten überbracht wird. Bei einer solchen Art von Botentätigkeit erschöpft sich ihre Mitwirkung am Zustandekommen des Rechtsgeschäfts darin, daß sie bewirkt, daß die vom Absender „abgegebene“ Erklärung gemäß der Anweisung des Erklärenden dem Adressaten „zugehe“ (§ 130). Auf den Inhalt der Erklärung hat sie keinen Einfluß.[4]) Ihr Wille kommt hier nur insofern in Betracht, als es vom Boten abhängt, ob der Brief abgegeben wird. Deshalb kann als solcher Bote jeder Mensch benutzt werden, der imstande ist, diesen Dienst zu verrichten.[5])

Nicht so greifbar ist der Unterschied zwischen der Boten- und der Vertretertätigkeit, wenn die Mittelsperson den Inhalt der Tätigkeit selbsttätig wiederzugeben hat, sei es durch Abdruck in einer Zeitung oder durch eine andere Art der öffentlichen Bekanntmachung, sei es durch telegraphische Übermittlung, sei es durch Nachsprechen der wörtlich eingelernten Erklärung, sei es durch sinngemäße Reproduktion der gehörten Erklärung. Auch in diesen Fällen hat der Bote, wenn er im Rahmen der ihm erteilten Ermächtigung (S. 357/8) bleibt, keinerlei Einfluß auf den Inhalt der Erklärung. Er gibt sich als den Übermittler einer fremden Willenserklärung aus.[6]) Der Vertreter ist es, der im Namen des Vermieters kündigt; der Bote aber bestellt die Kündigungserklärung des Vermieters. Dieser bedient sich des Boten, um selbst durch ihn zu kündigen; gebraucht er die Hilfe

---

[2]) Über die sog. passive Vertretung (§ 164 III) vgl. o. § 120 S. 346/7. — Die Mäklertätigkeit im Sinne des § 652 BGB. führt als solche überhaupt nicht zum Abschluß des Rechtsgeschäfts. Geschieht dieser unter Mitwirkung des Mäklers, so ist dieser entweder noch Bote oder Vertreter. Der Handelsmäkler (HGB. §§ 93 f., bes. § 95) weist nicht nur die Gelegenheit zum Abschluß von Rechtsgeschäften nach, sondern „vermittelt“ diesen. [3]) Oder auf einer phonographischen Platte.

[4]) Eine Verfälschung des Briefs würde nicht unter § 120 BGB. fallen. Der Absender trägt im Sinne dieser Vorschrift und des § 122 die Gefahr nur insofern, als die Erklärung an eine andere als die von ihm angegebene Adresse befördert wird. In letzterer Beziehung (in der Aufsuchung des nur mündlich bezeichneten Adressaten) nähert sich die Situation der sogleich im Texte zu besprechenden.

[5]) Nur bei der Übermittlung einer schriftlichen Erklärung kann in Frage kommen, ob man sich eines anderen Mittels als eines Menschen bedienen kann. Der abgerichtete Pudel ist kein Bote im Rechtssinne, ebensowenig wie der Draht, der mir dazu dient, um selbst die telegraphischen Zeichen oder die Schallwellen zum Adressaten zu leiten.

[6]) Iherings Unterscheidung zwischen faktischer und juristischer Mitwirkung (Jahrb. 1 274) kann nur insofern als zutreffend erachtet werden, als in ihr der Ausdruck des im Text bezeichneten Gedankens liegt. Im übrigen ist zu bemerken, daß auch die Übermittlung der Erklärung ein zum Tatbestand des Rechtsgeschäfts gehöriges Element ist, also als juristische Mitwirkung aufgefaßt werden muß. Die Übermittlung ist eine Rechtshandlung derselben Art, mag ich sie selbst vornehmen oder mag sie durch den Boten geschehen.

eines Bevollmächtigten, so ermächtigt er diesen, seine eigene Willenserklärung mit Wirkung für und gegen den Vollmachtgeber abzugeben.

Zur Vollziehung eines Rechtsgeschäfts, das in einer empfangsbedürftigen Willenserklärung besteht, gehört nicht nur die Festsetzung ihres Inhalts, sondern auch das Zugehenlassen. Bewirkt der Mieter beides selbst, so nimmt er wirklich die Kündigung allein vor. Veranlaßt er einen Boten zur Übermittlung seiner Kündigungserklärung, so läßt er das eine Stück des Kündigungstatbestandes durch den Boten vollziehen. Dieser wirkt also in einer sehr wichtigen Beziehung mit. Die Rolle, die der Mieter im ersten Falle allein spielt, ist hier geteilt. Ist trotzdem zu sagen, daß im Sinne des Gesetzes der Mieter die Kündigung vollzogen hat und sich keines Vertreters bedient hat,[7] [8]) so beruht dies darauf, daß das Gesetz den Nachdruck auf die Festsetzung des Inhalts der Erklärung legt und die Übermittlung mehr als nebensächlich betrachtet. Daraus erklärt es sich auch, daß das BGB. zwar für die Vertretung (im Willen) den Besitz der Geschäftsfähigkeit (nicht der unbeschränkten) verlangt (§ 165), daß aber bei dem Boten in keinem Falle mehr zu fordern ist, als die natürliche Fähigkeit zur Übermittlung der fremden Willenserklärung.

Faßt man die Vertretung im Sinne des Handelns an Stelle eines anderen auf, so kann man sagen, daß der Bote den Absender in der Erklärung des Willens vertritt. Aber der Ausdruck „Vertreter" wird hier besser vermieden, weil Vertreter im technischen, von uns zu beachtenden Sinne des Gesetzes derjenige ist, der nicht in der Erklärung, sondern in der Willensbildung und in ihrer Äußerung vertritt.

2. Da der Bote nur eine Erklärung übermittelt, kann er bei jeder empfangsbedürftigen Erklärung mitwirken, aber auch nur bei einer solchen. Er kann also die Kündigungserklärung oder das Angebot oder die Annahme des Vertrags übermitteln.[9]) Aber er (X) ist nicht mehr Bote des A, wenn er nicht nur als Übermittler der von diesem an B gerichteten Erklärung auftritt,

---

[7]) Daß dies die Auffassung des BGB. ist, kann deutlich erwiesen werden. Man denke z. B. an § 2296. Hier „ist Vertretung ausgeschlossen". Aber es ist zweifellos nicht nötig, daß der Erblasser selbst dem anderen Teil seine in der öffentlichen Urkunde niedergelegte Aufhebungserklärung einhändigt. Er kann sie dem Adressaten durch einen Boten überbringen lassen. Ebenso im Falle § 2271 I, 1. Anders ist es da, wo das Gesetz „persönliches" Handeln verlangt (§§ 1317, 2064, 2276). Hier kann auch ein Bote nicht benutzt werden. Darin zeigt es sich, daß es bei Benutzung eines solchen doch nicht völlig wahr ist, wenn man sagt, der Absender habe selbst das Rechtsgeschäft vorgenommen.

[8]) Die äußerste Konsequenz dieses Prinzips ist es, daß die versehentlich falsche Übermittlung der Botschaft nicht nach den Grundsätzen über die Überschreitung der Vollmacht (BGB. § 177), sondern als irrtümliche Betätigung des Willens des Absenders behandelt wird (BGB. §§ 120, 122). Der Irrtum des Boten wird als Irrtum des Absenders behandelt. Dieser ist haftbar, wenn das Mittel, das er wählte, unrichtig funktionierte.

[9]) Durch Übermittlung der Annahme kann er den Vertrag zustande bringen. — Anders ist die Auffassung von Mitteis, Stellvertretung 135.

sondern darüber hinausgehend Verhandlungen pflegt und Erklärungen des B an den A *entgegennimmt*. Tut er das letztere, so gibt es nur folgende Alternative: 1. Entweder ist er eine von B benutzte Mittelsperson (also *sein* Bote an A **oder** *sein* Bevollmächtigter gegenüber A),[10]) oder 2. er ist Mittelsperson des A. Im letzten Fall kann er nur *Vertreter* des A (seines Absenders) in der *Empfangnahme* der von B an A gerichteten Erklärung sein,[11]) nicht aber der Bote des A.[12])

3. Bedarf die zum Rechtsgeschäft erforderliche Erklärung einer Form, so ist es

a) für den Fall, daß ein Vertreter das Rechtsgeschäft vornehmen soll, genügend und erforderlich, daß der Vertreter die Erklärung in der vorgeschriebenen Form vornimmt. Die Vollmachtserteilung ist formlos gültig; nur *braucht* der andere Teil sich mit einem Bevollmächtigten nur dann einzulassen, wenn er schriftlich oder durch direkte Erklärung (an den anderen Teil) bevollmächtigt ist.[13])

b) Wird ein Bote benützt, so muß der *Absender* die Erklärung in der erforderlichen Form abgeben. Übermittelt der Bote sie mündlich oder würde **er** sie schriftlich fixieren, so ist der Formvorschrift nicht genügt.[14])

4. Auch bei *Prozeßhandlungen* ist Übermittlung durch Boten möglich. Die Zustellung scheidet aus, da das Zustellungsorgan nicht Bote ist (II). Dagegen kann der Bote benützt werden für die Übermittlung aller Erklärungen, die in schriftlicher Form abgegeben werden,[15]) soweit nicht die Form der Zustellung vorgeschrieben ist. In Betracht kommen also alle schriftlichen Eingaben an das Gericht, den Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher, ferner die einfachen Mitteilungen an den Gegner. Die an den

---

[10]) Dann hängt die Wirkung der Erklärung des B gegenüber A allemal davon ab, ob X die Erklärung an den A ausrichtet. Tut er es als Bote des B, so trägt *dieser* die Gefahr falscher Übermittlung (§§ 120, 122). Handelt er als Bevollmächtigter des B, so gelten die Vollmachtsgrundsätze (§§ 177/8).

[11]) Die Wirkung der Erklärung des B an X hängt dann davon ab, ob A ihm Vollmacht gegeben hatte *oder* ob A genehmigt. Ersteres liegt z. B. vor, wenn A durch den Freund X dem B eine Offerte zusendet und in dem Briefe bemerkt, der X (Bote) sei ermächtigt, die Antwort auf die Offerte sogleich entgegenzunehmen (die Ware mitzubringen) oder, was noch deutlicher ist, die Einzelheiten des Mietvertrags mit A zu vereinbaren, falls dies dem B genehm sei. Dann hat X eine *Doppelstellung*: er ist Bote und Bevollmächtigter. Er bringt, wenn B auf den Vorschlag eingeht, *sofort* den Vertrag zustande.

[12]) Der Bote kann mit einem *Sprachrohr* verglichen werden, aber nicht mit einem *Hörrohr*, Briefkasten oder dergl. Dies ist gegen Rehbein, Komm. 1 251, Crome 1 451², Staudinger 1, Vorbem. zu § 163, RG. in JWSchr. 1905 S. 317 Nr. 4 näher ausgeführt in m. Aufsatz JWSchr. 1905 S. 356f. Zutreffend RG. 51 S. 150f.

[13]) BGB. § 174, vgl. näher u. § 128.

[14]) Über die Form der Botenermächtigung vgl. u. bei Note 24.

[15]) In der mündlichen Verhandlung muß die Partei oder ein Vertreter von ihr *persönlich* handeln. (Der Beistand des § 90 ZPO. ist nicht Bote, nicht nur „Vertreter in der Erklärung", vgl. u. § 134.) Dasselbe gilt für die Prozeßhandlungen, die zu Protokoll des Gerichtsschreibers vorgenommen werden. — Vgl. z. B. ZPO. §§ 73 II, 133, 188 III, 216 I, 226 III, 361, 556 (neue Fassung von 1905), 569 II, 766, 920.

Gerichtsvollzieher zu richtenden Anträge („Aufträge") können mündlich geschehen (auch durch einen nur mündlich übermittelnden Boten). Der in der mündlichen Verhandlung hinzugezogene Dolmetscher (GVG. § 187) ist nicht Bote, sondern er vermittelt nur die Kenntnisnahme von dem Inhalte der Erklärung, die perfekt ist, sobald sie in der fremden Sprache abgegeben wurde. Er ist Sachverständiger (GVG. § 193). — Die Unterscheidung, ob die Mittelsperson Vertreter oder nur Bote ist, ist auch prozessual von großer Bedeutung.[16]) Der Bote braucht nicht prozeßfähig zu sein.

5. Bei der Frage, ob die Mittelsperson für die juristische Behandlung Bote oder Vertreter ist, kommt es nicht auf die innere Willensrichtung an, sondern entscheidend ist lediglich die Art seines Auftretens,[17]) bei dessen Beurteilung die Verkehrssitte maßgebend ist, wenn der Inhalt dessen, was er erklärt hat, Zweifel über die rechtliche Bedeutung läßt.[18])

6. Wie die Wirkung der Vertretung im Abschlusse von Rechtsgeschäften von der Vollmacht abhängig ist, so wirkt die bloße Übermittlung einer Erklärung als die eines anderen nur dann als dessen Erklärung, wenn ihre Übermittlung der Mittelsperson übertragen ist.[19]) Diese Übertragung (Anweisung, Befehl) fällt unter den höheren Begriff der Ermächtigung:[20]) sie gibt demjenigen, der als Bote auftreten soll, die Macht (Befugnis), durch die Übermittlung auf die Rechtsverhältnisse des Machtgebers einzuwirken. Sie unterscheidet sich von der Vertretervollmacht nur durch den Inhalt der Ermächtigung. Beide sind Rechtsgeschäfte.[21]) Die Bevollmächtigung eines Vertreters ist die Ermächtigung, das Rechtsgeschäft vorzunehmen. Die Botenermächtigung ist die Ermächtigung, die Willens-

---

[16]) Namentlich für ZPO. § 232. Vgl. RG. 48 S. 413 f. (Ver. Sen.).

[17]) Wird die Köchin mit einer schriftlichen bestimmten Warenbestellung zum Kaufmann geschickt und angewiesen, den Brief nur dann abzugeben, wenn die Ware ein bestimmtes Aussehen oder einen bestimmten Preis hat, so handelt die Köchin als Botin. Hat sie den Brief abgegeben, obwohl sie sah, daß die Ware Mängel hatte, so kann der § 166 II nicht direkt, sondern nur analog zur Anwendung kommen.

[18]) Gewiß wird es häufig sehr zweifelhaft sein, ob jemand als Bote oder Vertreter gehandelt hat. Das steht aber der Aufrechterhaltung des Unterschieds ebensowenig entgegen, wie die ebenfalls nicht seltene Ungewißheit, ob im eigenen oder in fremdem Namen gehandelt ist.

[19]) Wie es einen Vertreter ohne Vertretungsmacht gibt, so kann jemand auch als Bote handeln, ohne die Ermächtigung dazu zu haben. Nur darin ist ein Unterschied, daß der Vertreter sehr wohl als solcher handeln kann, obwohl er kundgibt, daß er keine Vollmacht hat. Dagegen ist es begrifflich ausgeschlossen, daß jemand als Bote auftritt unter dem Bekenntnis, daß er keine Botenermächtigung habe. Denn der Vertreter sagt: meine Willenserklärung soll Wirkung für und gegen den Vertretenen haben. (Diese Wirkung kann von der Bedingung der Genehmigung abhängig sein.) Dagegen sagt der Bote: dies ist die Erklärung des anderen. Bezeichnet er sich als Boten, ohne daß er dies wirklich ist, so nennt er sich einen Boten, ohne es zu sein; er ist als Vertreter zu behandeln. Nach § 180² ist Genehmigung nur möglich, wenn der andere Teil die behauptete Ermächtigung nicht beanstandet hat, also nicht, wenn er die Mittelsperson wegen Mangels ihrer Legitimation zurückgewiesen hat. [20]) Vgl. darüber näher u. § 128 I, 2.

[21]) Entsprechend sind sie im Prozesse als Prozeßhandlungen aufzufassen.

erklärung des Machtgebers zu übermitteln, setzt also immer voraus, daß ihr Inhalt in genauer Festsetzung mitgeteilt wird. Dagegen kann dem Bevollmächtigten überlassen werden, den Inhalt des Rechtsgeschäfts zu bestimmen.[22]) Wird der Inhalt der Vollmacht genau bestimmt, so kann es häufig zweifelhaft bleiben, ob die Mittelsperson als Bote oder Vertreter handeln soll. Ja, es kann die Ermächtigung so gefaßt sein, daß sie beides umfaßt und daß es sonach im Belieben der Mittelsperson steht, ob sie so oder so handeln will.[23])

Wie bei dem Vertreter, so sind auch bei dem Boten Innen- und Außenverhältnis voneinander zu unterscheiden. Das erstere kann Auftrag, Dienstvertrag usw. oder ein familienrechtliches Gewaltverhältnis sein; auch Geschäftsführung ohne Auftrag kommt in Betracht. Für das Außenverhältnis ist lediglich von Bedeutung die dem Boten erteilte Ermächtigung.

7. Die Grundsätze über die Art, wie diese zu erteilen ist, über ihren Widerruf und ihr sonstiges Erlöschen sind nur zum Teil im Gesetz ausgesprochen.

a) Die Botenermächtigung[24]) bedarf keiner Form. Ist sie auch nur mündlich erteilt, so muß der Absender die Erklärung gelten lassen. Eine andere Frage ist, wann der Empfänger eine Erklärung gelten lassen muß, wenn sie ihm durch einen Boten übermittelt wird. Dazu ist er genötigt,

α) wenn der Absender den Boten als solchen legitimiert hat entweder durch eine schriftliche, von dem Boten vorgelegte Botenermächtigung, oder durch eine direkt an den Empfänger gerichtete Erklärung;[25])

β) ferner aber auch schon dann, wenn der Bote im Besitz der schriftlichen rechtsgeschäftlichen Erklärung (z. B. der Kündigung) ist und dieses Schriftstück übergibt. Es ist also nicht nötig, daß der Bote, der den Kündigungsbrief überbringt, noch besonders nachweist, daß ihm die Überbringung aufgetragen ist.

Dieser nirgends generell ausgesprochene Satz wird jedem als selbst-

---

[22]) Für den Juristen ist deshalb der als Bote Bezeichnete kein Bote, wenn ihm diese Bestimmung überlassen ist.

[23]) So, wenn die Köchin zum Kaufmann geschickt wird, um bestimmte Waren zu bestellen. Generell wird man sagen können, daß, wer Vollmacht zur Vertretung bei einem inhaltlich bestimmt bezeichneten Geschäft hat, auch dann wirksam handelt, wenn er als Bote aufgetreten ist. Habe ich den X ermächtigt, in meinem Namen selbst zu kündigen, so ist die Kündigung wirksam, wenn er als mein Bote die Kündigung übermittelt (also als meine Kündigungserklärung). Ebenso muß ich umgekehrt die Kündigung gelten lassen, wenn der X, dem ich den Kündigungsbrief eingehändigt habe, die Kündigung als Vertreter selbst vornimmt (statt den Brief abzugeben).

[24]) Wohl zu scheiden von der zu übermittelnden Erklärung. (Vgl. o. bei Note 14.)

[25]) Ist der Bote so legitimiert, so muß der Vermieter die Kündigung, die ihm mündlich übermittelt wird, geradeso gelten lassen, als wenn der Mieter sie „persönlich" (vgl. Note 7) mündlich erklärte.

verständlich erscheinen; er ist es aber keineswegs. Er beruht vielmehr auf dem anderen, den Urkundenverkehr beherrschenden Grundsatz, daß der Besitzer einer Urkunde, die eine an ihn (oder seinen Rechtsvorgänger) gerichtete Erklärung enthält, nicht den Beweis zu erbringen braucht, daß ihm die Urkunde rechtmäßig ausgehändigt ist. Der Besitz der Urkunde begründet den Beweis der Aushändigung durch den Aussteller. Auch dieser Satz ist nicht generell ausgesprochen (vgl. aber BGB. § 1117 III), aber nichtsdestoweniger zweifellos. Jene Vermutung gilt auch dann, wenn feststeht, daß die Aushändigung nicht durch den Aussteller, sondern durch einen Boten stattgefunden hat. Oder sollte der Empfänger der Kündigungserklärung beweisen müssen, daß der Aussteller den Brief auch wirklich der Post übergeben habe oder daß der Dritte, der ihn in den Postkasten warf, vom Aussteller dazu ermächtigt war?

Im Prozeßrecht haben wir eine Vorschrift (ZPO. § 167), die den aufgestellten Grundsatz auf den Fall der Zustellung anwendet. Diese fällt zwar nicht unter den Begriff der Botentätigkeit, ist aber in der fraglichen Beziehung wesensgleich (s. unten II).

Weiterhin aber ist der Grundsatz angewendet in BGB. § 174 [1] und in ZPO. § 80. Beide beziehen sich auf den Fall, daß ein Bevollmächtigter handelt. Indem er die Vollmachtserklärung kundgibt, handelt er als Bote des Vollmachtgebers.[26]) Der Adressat dieser Erklärung muß sie gelten lassen, wenn der Bote — der Vertreter ist in dieser Beziehung Bote — die Vollmachtsurkunde vorlegt. Er kann nicht verlangen, daß der Vertreter, der sie vorlegt, noch nachweist, daß sie ihm zum Gebrauch eingehändigt ist.[27])

Dagegen kann der Empfänger die Erklärung, die ihm mündlich durch einen Boten übermittelt wird, zurückweisen.[28]) Auch dieser Satz ist sowohl aus dem BGB. (§ 174) wie aus ZPO. §§ 80, 88/9 zu begründen. Diese Vorschriften handeln zwar vom Bevollmächtigten und von der Zurückweisung der Rechtshandlungen, die er als Vertreter vornimmt. Aber der Grund, aus dem das Rechtsgeschäft und die Prozeßführung zurückgewiesen werden kann, ist der, daß er sich als Übermittler der Vollmachtserklärung (also als Bote) nicht genügend legitimiert, wenn er nur mündliche Botenermächtigung behauptet.[29])

---

[26]) Vgl. u. § 128 II, 2.

[27]) Auch nicht im Falle ZPO. § 80. Die Beglaubigung sichert nur die Echtheit der Unterschrift, nicht die Aushändigung zum Gebrauch. (Vgl. u. § 128.) Trotz der Beglaubigung ist es möglich, daß der Vertreter die Urkunde entwendet hat. Dann fehlt die Botenermächtigung. Gegenbeweis (in dieser Richtung) ist zulässig.

[28]) Wer sich trotzdem mit dem Boten einläßt, tut es auf seine Gefahr. Der § 120 BGB. schützt den Dritten nicht etwa schlechthin dagegen, daß die als Bote auftretende Person nicht oder zu einer anderen Erklärung ermächtigt ist, sondern nur gegen eine ungewollte Abweichung in der Übermittlung der Willenserklärung, zu der der Bote ermächtigt ist (streitig). Der § 120 gilt überhaupt nicht bei der Übermittlung der Vollmachtserklärung, s. u. § 128 [31].

b) Erlöschen.

Die Ermächtigung, als Bote eine Erklärung zu überbringen, erlischt nicht durch den Tod des Absenders oder durch den Verlust der Fähigkeit zu ihrer Erteilung. Das ergibt sich für Rechtsgeschäfte direkt aus BGB. § 130 II. Bei Prozeßhandlungen kann es nicht anders sein.

Dagegen erlischt die Ermächtigung durch Widerruf, der jederzeit zulässig ist, und abgesehen von ihm dadurch, daß das Rechtsverhältnis, auf Grund dessen die Botenermächtigung erteilt ist, vor Ausführung der Botschaft beendigt wird.[30])

Hat aber der Absender dem Boten die schriftliche Erklärung zur Übermittlung eingehändigt,[31]) so muß er, wenn er sicher gehen will, sich das Schriftstück zurückgeben lassen[32]) oder dafür sorgen, daß dem Dritten spätestens gleichzeitig mit dem Schriftstück der Widerruf[33]) zugeht. Andernfalls legitimiert den Boten der Besitz zur Übermittlung, und es ist dem Empfänger gegenüber ohne Bedeutung, wenn der Absender die Ermächtigung in anderer Weise widerrufen oder von Bedingungen abhängig gemacht hat.

Dieser Grundsatz ergibt sich für das BGB. direkt aus § 130 I, 2, bei dessen Anwendung offenbar nicht unterschieden werden darf, ob der Widerruf auf die Botenermächtigung oder auf den Inhalt der Erklärung gerichtet wird, ferner aus § 409 I, 2, der nur darauf abstellt, daß die Abtretungsurkunde dem Zessionar ausgestellt ist und von diesem dem Schuldner vorgelegt wird,[34]) vor allem aber aus den Grundsätzen, die für den Fall gelten, daß demjenigen, der als Vertreter tätig werden soll, eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt ist. Überbringt er diese Urkunde dem Dritten,[35]) mit dem er als Vertreter ein Rechtsgeschäft vornimmt, so ist der an ihn ge-

---

[29]) Sonach ist der Vermieter berechtigt, den mündlichen Überbringer der (mündlichen) Kündigungserklärung zurückzuweisen. Er weist dann indirekt nicht das Rechtsgeschäft zurück, das ein Vertreter vornehmen will (das ist der Fall des § 174 I BGB.), sondern das Rechtsgeschäft des Vermieters, an dem der Bote durch Übermittlung der Kündigungserklärung des Vermieters mitwirken will.

[30]) Das Gesetz schweigt. Die Lücke ist nach Analogie des § 168 auszufüllen.

[31]) Anders also, wenn ihm das Schriftstück entwendet ist, vgl. Note 27.

[32]) Die Postordnung vom 20. März 1900 enthält in § 33 eingehende Vorschriften über die „Zurücknahme" von Postsendungen (vgl. Hellwig, Verträge 525 f., wo die PO. von 1892 berücksichtigt ist). Diese Vorschriften sind auch für unsere Frage von Bedeutung. Eine Konterorder, die der PO. nicht entspricht, wird von der Post nicht beachtet.

[33]) Ob dieser als Widerruf der im Schriftstück enthaltenen Erklärung oder als Widerruf der Botenermächtigung formuliert ist, ist für die Wirkung gleichgültig.

[34]) Die in der Urkunde enthaltene Abtretungserklärung ist eine auch an den Schuldner gerichtete Erklärung, die der Zessionar dem Schuldner überbringen soll. Vgl. auch u. § 128 bei Note 72. Deshalb steht diese Form der Anzeige der in § 409 I, 1 bezeichneten in der Wirkung völlig gleich.

[35]) Daß er hierbei als Bote handelt, wurde bereits mehrfach betont. Vgl. näher u. § 128 II 2, III 3.

richtete Widerruf der Ermächtigung ohne Einfluß auf die Wirksamkeit der Vorlegung der Urkunde.

Der entwickelte Grundsatz beruht auf allgemein maßgebenden Rechtsgedanken. Er gilt nicht nur für die Botentätigkeit auf zivilistischem Gebiete, sondern auch für die prozessuale, und ist gerade für die Vollmachtslehre von größter Bedeutung. Im zivilrechtlichen Verkehr erleidet er eine Einschränkung, falls der Empfänger der Erklärung wußte oder wissen mußte, daß der Widerruf der Ermächtigung durch eine bloß an den Ermächtigten gerichtete Erklärung geschehen war (BGB. § 173). Bei Prozeßhandlungen gilt diese Einschränkung aus guten, in der Natur des Prozesses liegenden Gründen nicht.[36])

II. Bei der Ausführung der Zustellung handelt der sie bewirkende Beamte weder als Vertreter desjenigen, der sie betreibt, noch als sein Bote.[37]) Das Wesen der Zustellung ist das gleiche, mag diese von der Partei oder von Amts wegen veranlaßt werden, mag sie durch den Gerichtsvollzieher oder durch eine andere Behörde (§§ 199—202) geschehen, mag sie durch Übergabe des Schriftstücks oder durch Aufgabe zur Post (§§ 175, 292) oder durch öffentliche Zustellung (§§ 203—206) bewirkt werden, mag es sich um die Zustellung eines Schriftsatzes oder um die eines Urteils handeln. In allen diesen Fällen ist sie ein Gerichtsbarkeitsakt besonderer Art, auf den weder die Kategorie des Boten noch die des Vertreters angewendet werden kann, mag auch der äußere Vorgang bei der auf Antrag einer Partei durch den Gerichtsvollzieher bewirkten Zustellung der Botentätigkeit noch so ähnlich sehen. Auch hier handelt der Gerichtsvollzieher in seiner amtlichen Eigenschaft als Unterorgan des Gerichts. So wenig, wie dieses oder der Gerichtsschreiber bei der öffentlichen Zustellung oder bei der Zustellung im Wege des Ersuchens Bote ist, so wenig ist es der Gerichtsvollzieher.[38])

Auch bei der Zustellung hängt die Wirksamkeit davon ab, daß sie mit dem Willen der Partei (oder ihrer Vertreter) geschieht, für oder gegen

---

[36]) Vgl. darüber u. § 133 II. Oder sollte es etwa von Bedeutung sein, wenn der Anwalt zur Begründung der Behauptung, daß die Revision als nicht eingelegt zu gelten habe, unter Beweis stellt, daß der Bote, dem er die Revisionsschrift zum Einwurf in den Postkasten des Revisionsgerichts übergeben hatte, die Schrift eingeworfen habe, obwohl ihm Konterorder erteilt sei? Oder daß die Post ausgehändigt habe, obwohl die Zurücknahme rechtzeitig und wirksam erklärt, von der Aufgabepostanstalt auch an die Ausgabepostanstalt übermittelt (Postordnung § 33 VI), bei letzterer aber verspätet eingetroffen oder versehentlich nicht beachtet worden sei?

[37]) Gegen die Vertretereigenschaft (in Ansehung des § 232 II) erklärt sich mit Recht RG. 48 S. 413 f. (Verein. Sen.), wo der Gerichtsvollzieher als Bote des Gläubigers bezeichnet wird (ebenso RG. 10 S. 363). Wach I 563 [16] scheint die Unterscheidung für den Prozeß verwerfen zu wollen. Er betrachtet den Gerichtsvollzieher als Vertreter (bes. S. 521/2).

[38]) Die Zustellung von Anwalt zu Anwalt (§ 198) ist ein Ersatz der Zustellung; ein Akt der Gerichtsbarkeit ist sie nicht. Deshalb steht hier auch nichts im Wege, den Schreiber, der dem anderen Anwalt das „zuzustellende" Schriftstück vorlegt, als Boten des „zustellenden" Anwalts aufzufassen.

welche die Zustellung eine Rechtswirkung hervorbringen soll. Das Gesetz (§ 167 I) nennt das zutreffend eine Ermächtigung.[39]) Sie wird vermutet, wenn die Zustellung geschehen ist (§ 167 II). Sie verliert ihre Wirksamkeit nicht durch den Tod oder den Eintritt der Prozeßunfähigkeit des Machtgebers, wohl aber durch Widerruf, jedoch nur nach Maßgabe der unter I, 7 entwickelten Grundsätze.

§ 122.

c) Mit der Vertretung verwandte Erscheinungen.

Im Prozesse ist nicht Vertreter eines anderen, sondern

I. im vollen Sinne Partei,

1. wer im eigenen Namen und über eigene Rechtsverhältnisse prozessiert, dabei aber ausschließlich oder vorwiegend in fremdem Interesse handelt, wie z. B. als fiduziarischer Rechtsträger[1]) oder als Kommissionär, der die ihm zustehende Kaufgeldforderung für Rechnung des Kommittenten einklagt, oder als der Versprechensempfänger, der für Rechnung eines Dritten einen Vertrag auf Leistung an diesen geschlossen hat und aus diesem auf Leistung an den Dritten klagt;[2])

2. wer im eigenen Namen über fremde Rechtsverhältnisse prozessiert (Prozeßstandschaft).

a) Diese Prozeßfigur ist das eigentümliche prozessuale Gegenstück zum Handeln eines zivilrechtlichen Ersatzmannes, also zu der früher sog. indirekten Stellvertretung im privatrechtlichen Verkehr. In diesem ist es durchaus zulässig, daß der Ersatzmann im eigenen Namen für fremde Rechnung Vertragsverhältnisse eingeht, Erwerbungen macht und über fremde Rechte Verfügungen (BGB. § 185) trifft. Dagegen können privatrechtliche Gestaltungsrechte in der Regel nur von dem Berechtigten selbst oder seinem Vertreter (im wahren Sinne) ausgeübt werden, von einem Dritten, der suo nomine handelt, aber nur dann, wenn er die Verwaltung in Beziehung auf das Rechtsverhältnis hat, das durch die Ausübung des Gestaltungsrechts geändert werden soll.[3])

---

[39]) Unzutreffend ist der in Abs. 2 des § 167 als gleichbedeutend gebrauchte Ausdruck „Auftrag", vgl. o. S. 106 f., bes. S. 110.

[1]) Z. B. bei Vollindossament oder bei Zession zu Inkassozwecken, bei Eigentumsübertragung cum amico oder cum creditore (BGB. § 223).

[2]) Vgl. hierüber schon oben § 112 S. 308/9.

[3]) So kann zwar der Ehemann einen von der Frau (vor Eintritt des gesetzlichen Güterstandes) geschlossenen Mietvertrag kündigen. Sonst aber kann ein Dritter dies nur tun, wenn er als legitimierter Stellvertreter (also im Namen des Vermieters) kündigt (vgl. BGB. § 174). Mit fremden Forderungen kann man nicht aufrechnen (vgl. z. B. § 770 BGB.); aus fremden Einrederechten kann man nicht einreden usw.

Wer in Prozeßstandschaft prozessiert, ist Partei (Subjekt des Prozeßverhältnisses). Er hat im Prozesse alle Befugnisse der Partei und ihn treffen direkt die Folgen des Urteils (namentlich die Prozeßkostenpflicht). Das Subjekt des abgeurteilten Rechtsverhältnisses ist für den Prozeß ein Dritter. Ob ihn die Wirkung des Prozesses trifft, ist eine Frage der Rechtskrafterstreckung.

b) Im heutigen[4]) Prozesse ist die Prozeßstandschaft in einzelnen Fällen zugelassen,[5]) und hier tritt sie offen dadurch hervor, daß als Partei eine andere Person erscheint, als das Subjekt des abzuurteilenden Rechtsverhältnisses (Recht oder Pflicht).

Im übrigen braucht der Gegner es sich nicht gefallen zu lassen, daß statt des zur Sache Legitimierten eine andere Person als Partei (Ersatzmann) auftritt,[6]) und zwar auch dann nicht, wenn der Legitimierte seine Zustimmung dazu gegeben hat.[7]) Möglich ist es allerdings, daß eine Partei

---

[4]) Über das römische Recht vgl. u. S. 364. Über einen wirklichen Fall der Prozeßstandschaft im römischen Rechte vgl. o. § 116[10].

[5]) Hauptfälle: ZPO. § 265 (o. Bd. 1 § 52 IV), BGB. §§ 1380, 1443 (o. Bd. 1 § 49 IV), vgl. auch o. § 112 S. 307[4a]. Auch der Konkursverwalter (genauer: die von ihm vertretene Konkursmasse) ist in der Lage, fremde Rechte gerichtlich geltend zu machen. Es sind dies die Gläubigeranfechtungsrechte (KO. § 36); vgl. ferner HGB. §§ 171 II, 217 II. Der Konkursverwalter handelt aber nicht im Namen der Gläubiger, sondern als Verwalter der Konkursmasse, indem er auf Grund der Anfechtung Rechte für die Masse in Anspruch nimmt oder sie gegen fremde Angriffe verteidigt. Der Prüfstein ist die Prozeßkostenfrage, wenn er unterliegt. Vgl. o. Bd. 1 § 49 S. 326.

[6]) Vgl. o. Bd. 1 § 56 I. Das Reichsgericht (53 S. 411/2) erklärt es für zulässig, daß der Verkäufer, der bereits aufgelassen hat, mit Ermächtigung des Käufers (Eigentümers) suo nomine auf Berichtigung des Grundbuchs klagt, um zur Erfüllung seiner Kaufverpflichtung die Löschung von nicht bestehenden, aber noch eingetragenen Lasten herbeizuführen. Das RG. meint, daß der Verkäufer „dann nicht Rechte, die ihm nicht zustehen, als eigene geltend mache, sondern lediglich als Vertreter des Eigentümers dessen Rechte verfolge“ (S. 411). Hiergegen ist formell zu bemerken, daß die Bezeichnung als Vertreter hier jedenfalls nicht im technischen juristischen Sinne gebraucht wird. Denn das RG. geht selbst davon aus, daß der Verkäufer Partei sei. Vielmehr kann jener Satz nur bedeuten, daß — kurz gesagt — die Prozeßstandschaft des Verkäufers hier zulässig sei (über den Anspruch des Käufers aus BGB. § 894). Das RG. rechtfertigt diese Annahme lediglich aus dem praktischen Bedürfnisse. Aber dieses läßt sich auf anderem Wege befriedigen. Der Käufer kann dem Verkäufer Vollmacht geben, damit er (in rem suam) im Namen des Käufers aus dessen Anspruch (§ 894) klage. Aber auch aus folgendem Gesichtspunkte ist zu helfen. Ist der Eigentümer durch das Vorhandensein einer falschen Grundbucheintragung geschädigt, so verliert er durch die Auflassung den dinglichen Anspruch, da dieser dem Eigentümer als solchem zusteht, mit dem Eigentum also auf dessen Erwerber notwendig (nicht nur im Zweifel, wie RG. in JWSchr. 1906 S. 138 Nr. 10 meint) übergeht (vgl. o. Bd. 1 § 31 bei Note 25). Aber die Schädigung des Verkäufers ist, wenn er dem Käufer haftet, dadurch nicht weggefallen. Also behält er, wenn ein persönlicher Anspruch begründet war, diesen trotz der Auflassung (so ganz zweifellos, wenn er den Gegner in Verzug gesetzt hatte). Aus ihm (also ex proprio iure) kann er immer noch klagen, wie die zweite Instanz a. a. O. ganz richtig angenommen hatte. Daß der Verkäufer auf Verurteilung zur Leistung an einen Dritten (den jetzigen Eigentümer) zu klagen hat, macht keinerlei Schwierigkeiten (o. Bd. 1 § 57[9]).

[7]) Läßt dieser die Mittelsperson als Vertreter auftreten, so ist er (also der neue Eigentümer) selbst Partei. Tritt er ihr das Recht ab, damit sie es als Treu-

fälschlich als Subjekt des abzuurteilenden Rechtsverhältnisses ausgegeben wird. Möglich ist es auch, daß die Prozeßführung gegen das wirkliche Subjekt desselben wirksam ist.[8]) Aber deshalb ist der Prozeßführende nicht Vertreter der Partei.[9])

Ob der römische cognitor und procurator als direkter oder indirekter Stellvertreter (so besonders Eisele, Kognitur und Prokuratur 78 f.) aufzufassen sei, ist streitig. Neuestens handelt hierüber Koschaker, Translatio iudicii (1905) 130 f., wo die für und wider geäußerten Stimmen sorgfältig zusammengestellt sind. Nach meiner, hier nur kurz anzudeutenden Meinung liegt eine Rechtsfigur vor, die im wesentlichen als Prozeßstandschaft aufzufassen ist, aber doch auch solche Züge zeigt, daß sie in den Regelfällen im praktischen Endergebnis wie die (direkte) Stellvertretung funktioniert und es sich erklärt, daß der römische procurator mit dem modernen Prozeßbevollmächtigten verwechselt werden konnte und verwechselt wird.

Der Prozeßführer, der in der zuerst allein als wirksam anerkannten Form der in iure und coram adversario zu erklärenden Ermächtigung bestellt war (u. § 128 Note 29—31), hieß cognitor. Er war das Subjekt des Prozeßverhältnisses (Prozeßpartei), obwohl er über ein fremdes und ihm fremd bleibendes materielles Rechtsverhältnis prozessierte.[10]) Insofern ist alles wie bei der heutigen Prozeßstandschaft. In der Formel (Gai. IV § 86) und in der sententia iudicis kommt dies zum deutlichen Ausdruck. Die condemnatio lautet auf den Namen des cognitor, nicht aber, wie bei der (direkten) Stellvertretung, auf den Namen des Machtgebers. Im einzelnen aber ist die Rechtsgestaltung sehr verschieden, je nachdem der cognitor im Interesse des Machtgebers oder in rem suam den Prozeß führt. Diese Verschiedenheit hat nicht nur für das interne Verhältnis Bedeutung, sondern bestimmt auch die prozessuale Rechtsstellung der Beteiligten, weshalb im einzelnen Falle eine causae cognitio darüber stattfinden mußte, ob er in rem suam bestellt war oder nicht.

War der cognitor in rem suam bestellt, so erhält seine Stellung als Prozeß-

---

händer durch Klage geltend mache, so ist die Mittelsperson Partei, aber es handelt sich dann um ihr Recht, und es fehlt ihr die Sachlegitimation nicht. Im wirtschaftlichen Sinne kann man allerdings von der Hilfe eines Ersatzmannes (indirekte Vertretung) sprechen.

[8]) So ist es, wenn der zur Sache Legitimierte seine Zustimmung gegeben hat oder wenn der Gegner die ihm gegenüber stehende Partei für den Legitimierten hielt und nach den Grundsätzen über den Erwerb vom Nichtberechtigten halten durfte (z. B. BGB. §§ 407, 1344, 1435). Vgl. o. Bd. 1 §§ 54/6.

[9]) Ebenso ist dies nicht, wer unter dem Namen eines anderen prozessiert. Vgl. o. § 113 III.

[10]) Kohler, Encycl. 2 89 behauptet, daß „der Anspruch durch die litis contestatio sein Anspruch und ein Anspruch gegen ihn wurde“ und findet darin, daß der römische Prozeßvertreter also nicht über fremdes Recht prozessiert habe, den Unterschied zwischen ihm und dem Prozeßstandschafter. Aber diese Ansicht nimmt die Nebeneinanderstellung von novatio voluntaria und necessaria für mehr als das, was sie ist; sie sieht in ihr nicht nur eine Vergleichung, sondern eine volle, auf das materielle Recht sich beziehende Wahrheit, gegen die sich schon die l. 29 D. 46, 2 energisch verwahrt und die, selbst wenn sie für das klassische Recht zutreffend gewesen wäre, jedenfalls im justinianischen Rechte nicht mehr besteht. Und wie war es denn im klassischen Rechte, wenn der Prozeß nicht über eine obligatio geführt wurde, sondern über eine actio in rem? Oder wenn der cognitor gar statt einer mit der rei vindicatio zu beklagenden Person prozessierte? Die Unrichtigkeit jenes Standpunktes erhellt übrigens schlagend aus der Behandlung der Frage, wem die actio iudicati zusteht. Vgl. bes. Note 13.

partei auch ihre volle praktische Bedeutung. Ihm selbst steht die Ausübung des Vollstreckungsrechts zu, und ebenso wird gegen ihn die actio iudicati gegeben.[11])

Sonst aber erzeugt seine Prozeßführung ein Vollstreckungsrecht, das nicht gegen ihn, sondern tatsächlich nur gegen den Machtgeber gerichtet ist, der ja auch die Prozeßkaution stellt, ebenso wie, wenn er selbst prozessierte. Die exceptio rei in iudicium deductae vel iudicatae ist gegen den Machtgeber gerichtet. Gegen diesen wird die actio iudicati gewährt, während sie dem cognitor versagt wird; allein gegen den Machtgeber und direkt gegen diesen ist sie durchzusetzen. Während des Prozesses steht es diesem frei, eine translatio iudicii herbeizuführen und so selbst in das Prozeßverhältnis einzutreten oder einen anderen Prozeßführer an Stelle des bisherigen cognitor eintreten zu lassen (l. 17—27 D. 3, 3). Der Machtgeber allein kann durch Empfang der Zahlung oder durch Vergleich über das ihm trotz der litis contestatio verbliebene Recht disponieren.[12]) — In allen diesen Punkten ist das praktische Endergebnis nicht anders als bei der heutigen (direkten) Stellvertretung, und daraus erklärt es sich leicht, daß die Römer den Machtgeber, der in der Tat der Geschäftsherr (dominus negotii) war und blieb, auch als den dominus litis bezeichneten.[13]) Der Sache nach ist er Herr über den Prozeß, obgleich der cognitor Subjekt des Prozeßverhältnisses (Prozeßpartei) ist.

„Procurator" kann sowohl den nicht legitimierten Prozeßführer bezeichnen, als denjenigen, der in anderer Weise als durch cognitoris datio ermächtigt wurde. Die Behandlung des ersteren interessiert in unserem Zusammenhange nicht. Wir haben allein den procurator in das Auge zu fassen, der so bestellt war, daß er als ermächtigt anerkannt wurde (vgl. darüber u. § 128 Note 29—31). Ein solcher wurde allmählich dem cognitor völlig gleichgestellt. Der cognitor und ein solcher procurator sind ihrem Wesen nach nicht verschiedene Prozeßführer, sondern der Unterschied liegt lediglich in der Form der Ermächtigung. Die feierliche mündliche Bestellungsart fiel allmählich fort, und in Justinians Sammlung ist der cognitor völlig getilgt und durch den procurator ersetzt.

Auch bei Justinian ist zu unterscheiden, ob der — gehörig legitimierte — procurator in rem domini oder in rem suam bestellt wurde. Auch im jüngsten römischen Rechte hat dies nicht nur interne Bedeutung, sondern bestimmt in wesentlichen Punkten seine prozessuale Rechtsstellung. Der procurator in rem suam führt formell und materiell den Prozeß im eigenen Namen.[14]) Derjenige legitimierte procurator aber, der den Prozeß im Interesse des dominus litis führt, wird ebensowenig wie der cognitor von den Wirkungen des Prozesses berührt. Aber die alte Form ist nicht abgestreift. Er selbst ist immer noch Subjekt des Prozeßverhältnisses in dem oben dargelegten Sinne und von dem (direkten) Stellvertreter zu unterscheiden, der über die Rechtsverhältnisse des Machtgebers so prozessiert, daß letzterer das Subjekt des Prozeßverhältnisses ist und das Urteil ausschließlich auf seinen Namen als den der Partei gesprochen wird. Tatsächlich jedoch leistet der procurator dem Geschäfts-

[11]) So Vat. fragm. § 317. Der cognitor in rem suam treibt die Leistung für sich ein und behält sie; als Beklagter muß er die Vollstreckung in sein Vermögen, nicht nur, wie der heutige Schiffsführer, der in Prozeßstandschaft für den Reeder prozessiert hat (HGB. §§ 696 II, 698 III, 761 II, BinnenschiffahrtsG. § 97, FlößereiG. § 28), in das Vermögen des Schuldners dulden.

[12]) l. 86 D. 46, 3. Vgl. dazu o. Note 10.

[13]) Vgl. z. B. l. 30, 31 pr. D. 3, 3; c. 1 C. 6, 45. Nur ausnahmsweise (wohl mit Rücksicht auf die Bestellung in rem suam) wird zuweilen der procurator als dominus litis bezeichnet (z. B. l. 4 § 5 D. 49, 1). Vgl. die Nachweisungen bei Koschaker a. a. O. 120 f. Für etwas Ausnahmsweises hält es noch Wach I 559 [5], wenn der Vertretene als dominus litis bezeichnet wird.

[14]) l. 11 pr. D. 44, 4.

herrn nur Dienste bei der Prozeßführung, und es kann deshalb nicht auffallen, wenn er in c. 7 C. Theod. 2, 12 einfach als minister litis bezeichnet ist.

II. Nicht im vollen Sinne Partei (Hauptpartei), aber doch auch nicht Vertreter ist der Nebenintervenient. Auch er prozessiert im eigenen Namen, aber über das Rechtsverhältnis der von ihm unterstützten Partei und mit Wirkung für und gegen sie. Wegen dieser Wirkung kann er jedoch ebenso als Vertreter (im technischen Sinne) bezeichnet werden, wie die Partei, die in offener Prozeßstandschaft und mit Wirkung gegen das dritte Subjekt des Rechts prozessiert. Der Unterschied zwischen beiden Gestaltungen liegt darin, daß z. B. der Ehemann im Falle des § 1380 BGB. die Hauptpartei ist und das völlig selbständige Prozeßführungsrecht über das fremde Rechtsverhältnis hat und ausübt. Der Nebenintervenient hat in seinem Interventionsrecht ebenfalls das Recht zur Prozeßführung über das fremde Rechtsverhältnis, aber nicht an Stelle seines Subjektes (der Hauptpartei), sondern neben ihr und nur zum Zwecke ihrer Unterstützung in dem anhängigen Prozesse.

Die Nebenintervention führt zu einer besonderen Art der Prozeßstandschaft, nämlich zu einer akzessorischen.

III. Ebensowenig wie der Nebenintervenient ist der Staatsanwalt Vertreter einer der Parteien, wenn er sich am Eheprozesse beteiligt,[15]) um Tatsachen und Beweismittel vorzubringen (§ 607) oder den Rechtsstreit zu betreiben (§ 634). Er übt hier das Prozeßführungsrecht aus, das die ZPO. dem Staate zur Wahrung des öffentlichen Interesses in Ehesachen verleiht. Seine Stellung ist hier — im Gegensatz zu den Fällen, in denen er die Klage erhebt oder verklagt wird, also den Staat zur Partei im gewöhnlichen Sinne des Wortes macht[16]) — mit der des Nebenintervenienten (und zwar des streitgenössischen) zu vergleichen. Der Unterschied liegt in dem Grunde, der zur Prozeßführung legitimiert, und in dem Maße der Selbständigkeit des Prozeßführenden. Der Nebenintervenient ist in der Regel nicht imstande, im Widerspruch mit der Hauptpartei zu handeln.[17])

IV. Nicht Vertreter des säumigen Streitgenossen ist der handelnde Streitgenosse im Falle der qualifizierten Streitgenossenschaft. Das Gesetz sagt, daß der Säumige als durch den Handelnden „vertreten gilt" (§ 62). Dies bedeutet aber nur, daß seine Handlung Wirkung auch für den Prozeß des Säumigen haben soll. Der handelnde Streitgenosse hat aber nicht Vertretungsmacht für den säumigen, sondern es soll nur der Handlung, die der fleißige Streitgenosse vornimmt, Wirkung auf die Entwicklung des

---

[15]) Anders, wenn er die Ehenichtigkeitsklage erhebt (§ 632) oder wenn er in den anderen Fällen der Note 16 klagt oder verklagt wird. Hier ist der Staat Partei, und der jeweilige Staatsanwalt (die Behörde) vertritt den Staat.

[16]) §§ 632, 664 II mit 646 II, 666 I (673), 974 II, vgl. o. Bd. 1 § 49[4].

[17]) § 67 Satz 2 (anders in den Fällen des § 69).

anderen Prozeßverhältnisses beigelegt werden. Diese Wirkung ist, obgleich das Gesetz den Ausdruck „vertreten“ gebraucht, eine andere, als wenn er Vertretungsmacht hätte.[18])

§ 122a.

d) Unzulässigkeit des Selbstprozessierens.

Der Prozeß erfordert zwei Parteien. Folgt daraus, daß dieselbe Person nicht beide Parteien vertreten kann[1]) oder daß man nicht Partei und zugleich Vertreter des Gegners sein kann?[2])

I. Gewöhnlich wird diese Frage schlechthin bejaht. Man leitet die Unzulässigkeit des Selbstprozessierens[3]) einfach aus dem Wesen des Zivilprozesses als einer Verhandlung zweier Personen und aus der Notwendigkeit des beiden Parteien zu gewährenden rechtlichen Gehörs ab.[4]) Allein wenn das Selbstkontrahieren nicht unmöglich ist, so ist es noch viel weniger das Selbstprozessieren, jedenfalls nicht insoweit, als die mündliche Verhandlung in Frage steht. Denn diese ist, wie schon die Möglichkeit einer in Abwesenheit des Gegners geschehenden Verhandlung unwiderleglich zeigt, nicht Erklären an den Gegner, sondern Handeln gegenüber dem Gericht.[5]) Damit fallen aber gerade die Schwierigkeiten fort, die beim Selbstkontrahieren dadurch entstehen, daß die rechtsgeschäftliche Erklärung eine Mitteilung ist und diese rein begriffsmäßig einen vom Erklärenden verschiedenen Erklärungsempfänger voraussetzt.[5a])

---

[18]) Das zeigt sich besonders, wenn ein Streitgenosse gegen das Urteil ein Rechtsmittel ergreift, so namentlich in der Prozeßkostenpflicht.

[1]) Beispiel: Der A ist Vormund des Klägers M und zugleich Vorstand der von M zu verklagenden juristischen Person oder Verwalter der von M zu verklagenden Konkursmasse.

[2]) Beispiel: A verklagt die Aktiengesellschaft, deren Liquidator er ist (RG. V Nr. 123). A erhebt als Vormund des X gegen sich selbst eine Klage. A erhebt gegen die Firma, deren Prokurist er ist, eine Klage und läßt sie sich zustellen (ZPO. § 172).

[3]) Ich wähle der Kürze halber diesen gewiß nicht einwandsfreien Ausdruck als Gegenstück zu dem nun einmal üblichen Ausdruck „Selbstkontrahieren“.

[4]) So RG. 7 S. 404, Wach I 566 [27], Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 11, Seuffert, Erl. 3 zu § 79, Gaupp-Stein, Vorbem. vor § 78, Planck, Erl. 4 zu § 181 BGB., Staudinger, Erl. 4 a. E. zu § 181. — Die Begründung, die Hölder, Natürliche u. juristische Personen 229 gibt, beruht darauf, daß Rechtszuständigkeit und Rechtsausübung m. E. nicht genügend auseinander gehalten werden.

[5]) Begrifflich steht gar nichts im Wege, daß der Vormund dem Gericht sowohl das, was er für das Mündel spricht, vorträgt, als auch das, was er suo nomine darauf zu antworten hat. Dies könnte nicht nur Bestreiten des Anspruchs sein, damit das Gericht den (wirklichen) Streit entscheide, sondern auch Anerkenntnis. Einen Kampf kann ich allerdings nicht mit mir selbst führen. Aber der Prozeß ist eben nicht ein Zweikampf unter Assistenz des Richters.

[5a]) Wäre die Auflassungserklärung nur Erklärung an das Grundbuchamt, so könnte man darüber zweifeln, ob sie unter die in § 181 BGB. implicite ausgesprochene Regel (Verbot des Selbstkontrahierens) falle. Aber sie ist Einigung vor

1. Die Unzulässigkeit des Selbstprozessierens, die auch wir als Regel annehmen, ist hiernach aus einem anderen Grunde abzuleiten. Diese liegt in der regelmäßig vorhandenen Interessenkollision. Wie das BGB. § 181 das Selbstkontrahieren aus diesem Grunde nur ausnahmsweise zuläßt, so ist deshalb auch das Selbstprozessieren ausgeschlossen. Daß dies im Sinne des Gesetzes liegt, ist weniger daraus, daß es das Selbstprozessieren nicht besonders zugelassen hat,[6]) als aus dem § 185 ZPO. zu schließen. Denn wenn hier die Ersatzzustellung an den Gegner der Partei, der zugestellt werden soll,[7]) für unzulässig erklärt ist, so muß es um so mehr ausgeschlossen sein, daß der die Zustellung Betreibende sich von vornherein als den Zustellungsadressaten bezeichnet.[8]) In der Tat würde der Vertretene schutzlos dem Vertreter preisgegeben sein, wenn es diesem möglich wäre, für zwei in entgegengesetzter Weise interessierte Parteiseiten prozessual zu handeln.[9]) Deshalb ist anzunehmen, daß die Vertretungsmacht diese Fälle auch dann nicht umfaßt, wenn sie einen so allgemeinen Umfang hat, daß sie sich an sich auf sie beziehen würde.[9a])

Nur das ist ausgeschlossen, daß dieselbe Person in demselben Prozesse in doppelter Eigenschaft handelt oder handeln läßt. Irrelevant ist es, wenn der Kläger zwar zur Vertretung des Beklagten befugt wäre, aber die Klagschrift einem anderen Vertreter des Beklagten (z. B. einem Mitliquidator[10])) oder einem anderen vertretungsberechtigten Handelsgesellschafter) zustellen läßt. Ebenso können die mehreren Vertreter, die nur zur Gesamtvertretung befugt sind, im Namen der Partei, die sie so vertreten (z. B. der Aktiengesellschaft), eine Vollmacht zum Prozesse gegen einen der Vertreter (z. B. gegen ein Vorstandsmitglied) gültig erteilen.[11])

---

dem Grundbuchamt. Daß dieselbe Person, die von beiden Teilen bevollmächtigt ist, die Auflassung vornehmen kann (so auch KG. in Rechtspr. der OLG. 2 493), ist deshalb nur aus BGB. § 181 abzuleiten.

[6]) In der II. Kommission (Bd. 6 644) war beantragt, das Verbot als § 53a in die ZPO. einzusetzen. Der Antrag wurde (mit 7 gegen 7 Stimmen) angenommen. Der § wurde dann aber als selbstverständlich nicht aufgenommen, nachdem Seuffert, ZZP. 22 328 ihn als überflüssig bezeichnet hatte.

[7]) Bei der Ersatzzustellung ist der Empfänger (Hausgenosse usw.) Vertreter des Zustellungsadressaten, vgl. u. § 123 a. E.

[8]) Dies betrifft allerdings nur den Fall, daß z. B. der klagende Prokurist oder Vormund die Klagschrift sich als dem Vertreter des Beklagten zustellen lassen würde, nicht aber den umgekehrten Fall. Immerhin beweist der § 185 den im Text hervorgehobenen Grundgedanken.

[9]) Was für den gesetzlichen Vertreter gilt, gilt nach der ratio legis auch für die von ihm bestellten Bevollmächtigten, obwohl diese nicht den ersteren, sondern kraft seines Willens den Vertretenen repräsentieren. A. M. Planck, Erl. 1 Abs. 5 zu § 181. Gegen ihn Staudinger, Erl. 9 zu § 181. Vgl. auch RG. 56 S. 107. Klagt der Vormund gegen das Mündel und bestellt er für sich den Rechtsanwalt A, für das Mündel den B, so stehen sich zwei verschiedene Parteien und zwei verschiedene Bevollmächtigte gegenüber; aber der Vormund instruiert und lenkt beide Bevollmächtigte.

[9a]) Bestätigend per arg. a minore ad maius BGB. § 1795 Nr. 3.

[10]) So auch RG. 7 Nr. 103. [11]) Dies folgt aus HGB. §§ 125 II, 232 I.

2. Zweifelhaft bleibt es, ob diese Regel der Unzulässigkeit des Selbstprozessierens nicht eine Ausnahme durch den übereinstimmenden Willen der Parteien [12]) erleiden kann. Dies dürfte (nach Analogie des § 181 BGB.) zu bejahen sein. Schenken die beiden Parteien demselben Bevollmächtigten das Vertrauen, daß er unparteiisch dem Gericht den Standpunkt vortragen werde, den jede von ihnen einnimmt, so dürfte ein öffentliches Interesse nicht entgegenstehen. [13])

II. Fallen nachträglich die Partei- und Vertreterrollen zusammen, so muß folgerichtig der Vertreter von der Prozeßführung ausgeschlossen sein. [14])

2. Die gesetzliche Vertretung.*)

§ 123.

a) Begriff und einzelne Fälle. Gesetzliche Vertreter bei der Zustellung.

I. Die Frage, wer im Prozesse als gesetzlicher Vertreter auftreten kann, bestimmt sich nach den Vorschriften der ZPO. und anderer Prozeßgesetze (einschließlich der KO. und des ZVG.) und, soweit solche Vorschriften fehlen, nach denen des „bürgerlichen Rechts“ (§ 51), d. h. nach den Normen, die überhaupt das gesetzliche Vertretungsverhältnis regeln, [1]) also nach dem BGB., HGB. und anderen privatrechtlichen Reichs- und Landesgesetzen, falls aber das Vertretungsverhältnis dem öffentlichen Rechte angehört, nach den in diesem enthaltenen Vorschriften. Das ausländische Recht ist maßgebend, wenn dieses die persönliche Rechtsstellung der vertretenen Partei regelt. [2])

Das Kennzeichen des gesetzlichen Vertreters liegt trotz § 51 ZPO. nicht darin, daß er stets der Vertreter einer prozeß**un**fähigen Partei sein müßte. Eine solche muß allerdings stets einen gesetzlichen Vertreter haben, aber nicht jede Person, die einen solchen hat, ist prozeßunfähig. Denn es sind nicht nur in dem BGB. und dem Landesrechte Fälle enthalten, in denen zweifellos

[12]) Der Vorstand einer juristischen Person kann sich natürlich nicht selbst das Selbstprozessieren gestatten. Ebenso nicht der Prokurist.

[13]) Von **praktischer** Bedeutung dürfte die Frage nur für den Fall werden, daß etwa der eine der beiden Anwälte am Erscheinen verhindert ist und dem Anwalt des Gegners gestattet, in der mündlichen Verhandlung den Prozeßstoff vorzutragen. — Keinenfalls kann die Nichtigkeitsklage begründet sein, wenn so verfahren ist (arg. § 579 Nr. 4).

[14]) So z. B., wenn der Kläger entmündigt wird und den Beklagten zum Vormund erhält. **Dieser** kann den unterbrochenen Prozeß nicht aufnehmen (§§ 241, 246). Es muß ein Pfleger bestellt werden (BGB. § 1909).

*) Eine monographische Behandlung fehlt. Vgl. Wach I § 51, Planck I § 46, Weismann I § 24; Kommentare zu §§ 51, 56.

[1]) Korrekter im Ausdruck ist die Österr. ZPO. § 1: „Nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen“. [2]) Vgl. o. § 117 II.

hinter dem gesetzlichen Vertreter eine vollkommen geschäftsfähige Person steht,[3]) sondern die ZPO. selbst geht von dieser Möglichkeit aus.[4])

Vielmehr liegt das Merkmal der gesetzlichen Vertretung nur in dem Grunde der Vertretungsmacht.

Nicht ist gesetzlicher Vertreter, wer diese aus dem Willen des Vertretenen ableitet oder sie durch seinen Widerruf verlieren kann. Wo der Wille des Vertretenen diese Bedeutung hat, ist der Vertreter ein (wirklicher oder angeblicher) Bevollmächtigter, und zwar auch dann, wenn das Gesetz den Umfang der eingeräumten Vertretungsmacht ohne Rücksicht auf den Parteiwillen bestimmt[5]) oder die Partei nötigt, einen Vertreter zu bestellen.[6])

Jeder andere Vertreter ist „gesetzlicher" Vertreter,[7]) mag er unmittelbar durch das Gesetz berufen sein oder durch obrigkeitliche Anordnung oder durch letztwillige Verfügung.[8])

Der Name „gesetzlicher Vertreter" beruht auf dem allgemeinen Sprachgebrauch, der als „gesetzliche" Rechtsfolge eine solche bezeichnet, die ihren Grund weder in einem Rechtsgeschäfte des Beteiligten noch — was hier nicht in Betracht kommt — in einer unerlaubten Handlung hat. Der gesetzliche Vertreter bekleidet ein „Amt". Von einem Bevollmächtigten wird dies nie gesagt.

Von diesem Gesichtspunkte aus begreift es sich auch, daß das Gesetz dem Vorstande der juristischen Personen die Stellung eines gesetzlichen Vertreters gibt. Bei den Vereinen leitet er seine Vertretungsmacht zwar in der

---

[3]) Es sind die Pfleger der §§ 1910, 1911 BGB. Vgl. o. S. 329.

[4]) Der § 172 stellt für die Zustellung gesetzliche Vertreter von prozeßfähigen Parteien auf, und der in § 53 gemeinte Pfleger ist nicht etwa deshalb gesetzlicher Vertreter, weil dann, wenn er den Prozeß führt, die Partei als prozeßunfähig gilt. Seine Legitimation zur Klagerhebung ist doch zweifellos vor dieser vorhanden. Jeder Pfleger ist gesetzlicher Vertreter schlechthin (vgl. BGB. § 1915); er war es auch schon vor dem 1./1. 1900, wo der § 53 fehlte. Er ist es. Daraus, daß der Vertretene als prozeßunfähig gilt (vgl. o. § 117 I S. 329), darf man nicht schließen, daß auch der Pfleger nur als solcher gelte (ohne es zu sein). Anders Weismann I § 24 III, 3.

[5]) Wie dies in ZPO. §§ 81/3 und ähnlich in HGB. § 51 (Prokura) geschehen ist. Deshalb sind nicht gesetzliche Vertreter im technischen Sinne der nach PatG. § 12 vom ausländischen Patentinhaber bestellte Vertreter (vgl. RG. 42 Nr. 23, wo von „gesetzlicher Vollmacht" gesprochen wird) und die Vertreter in den analogen bei Skonietzki-Gelpcke, Erl. 2 B, b zu § 51 zusammengestellten Fällen, auch nicht der Schiffer in dem HGB. § 527 II bezeichneten Falle, wo er „kraft seiner Anstellung" Bevollmächtigter des Reeders ist.

[6]) Z. B. ZPO. § 78, vgl. o. § 119 (Postulationsfähigkeit).

[7]) Bedenken gegen diesen Satz können nur erhoben werden mit Rücksicht auf die Vorschrift, daß die Frau bei Gütergemeinschaft befugt ist, statt des verhinderten Mannes entweder in dessen Namen oder im eigenen Namen die Verwaltungsgeschäfte (einschließlich der Prozeßführung) zu besorgen (BGB. § 1450). Allein hier ist die Vertretungsbefugnis aus dem durch den Ehevertrag hervorgebrachten Rechtsverhältnis abzuleiten. Führt die Frau kraft des § 1450 einen Gesamtgutsprozeß im Namen des Ehemannes, so kann dieser jederzeit die Führung des Prozesses selbst übernehmen (vgl. m. Anspruch u. Klagr. S. 540, zustimmend Planck zu § 1450); Eide schwört der Ehemann.

[8]) Über den Testamentsvollstrecker s. unten Note 13a.

Regel [9]) aus der Bestellung durch die Mitgliederversammlung ab, aber nicht diese ist die vertretene Partei, sondern die juristische Person, welche mit der Mitgliederversammlung nicht identisch ist. [9a])

II. Im einzelnen sind gesetzliche Vertreter für den ganzen Prozeß

1. der Vater oder die Mutter als Inhaber der elterlichen Gewalt über die ehelichen minderjährigen Kinder, [10])

2. der Vormund, [11])

3. ferner jeder Pfleger, mag er

a) als Pfleger einer Person [12]) bestellt oder mag er

b) nur zur Verwaltung eines Vermögens [13]) berufen sein, entsprechend auch der Konkursverwalter und andere Zwangsverwalter und auch der Testamentsvollstrecker. [13a])

Der Unterschied zwischen den Fällen unter a) und b) ist gerade auf dem Gebiete des Prozeßrechts von großer praktischer Bedeutung. Im ersten Falle ist der Pfleger für die bestimmte Person bestellt; er hat für ihr Vermögen mit Rücksicht auf ihre individuellen Interessen zu sorgen. Sie ist Partei, und alle Sätze, die für diese gelten, finden ohne Einschränkung Anwendung. So ist sie unfähig, in

---

[9]) Ausnahme: BGB. § 29. [9a]) Vgl. o. § 116 a. E.

[10]) BGB. §§ 1630, 1633 (auch über die verheiratete Tochter), 1719 u. 1736 (legitimierte Kinder), 1757 (Adoption), 1635 II (Vertretung nach der Ehescheidung). Ausschließung von der Vertretung: § 1630 II mit §§ 1795.6 (Pfleger: § 1909). Ausschließung von der Vermögensverwaltung (einschließlich Vertretung, § 1630 I): § 1638 (Pfleger für das verwaltungsfreie Vermögen: § 1909). Entziehung der Verwaltung: §§ 1666 II, 1670. Wegfall der Verwaltung durch Konkurs: § 1647, durch Ruhen der Gewalt: § 1678. Gründe des Ruhens: §§ 1676/7. Beendigung der Gewalt: Tod und Todeserklärung des Vaters (§ 1679) und Verwirkung (§ 1680), Tod des Kindes (Fortdauer der Verwaltung: § 1683), Volljährigkeitserklärung (§ 3 mit FGG. § 56). — Gewalt der Mutter: §§ 1684/5. Beistand als Vermögensverwalter: § 1693. Mangel der Vertretungsbefugnis wegen eigener Minderjährigkeit: § 1696. Wiederverheiratung: § 1697 (Fortdauer der Vertretung des Kindes in nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten). — Die Mutter hat nicht die Vertretung ihres unehelichen Kindes (§ 1707).

[11]) BGB. § 1793 (über Minderjährige). Unwirksamkeit der Bestellung: § 1780. Ausschluß von der Vertretung: §§ 1794 (Pfleger bestellt), 1795 (Beteiligung), 1796 (Entziehung). Mehrheit: § 1797. Endigung des Amtes: §§ 1882/9. — Vormundschaft über Volljährige: §§ 1896, 1906 (vorläufige Vormundschaft). Ende: § 1908.

[12]) BGB. §§ 1909—1913. Verweisung auf die Vorschriften über die Vormundschaft: § 1915. Beendigung: §§ 1918—1921 (§ 1921 II: Fortdauer nach dem Tode des Abwesenden).

[13]) So der Nachlaßpfleger (1960), insbesondere der Nachlaßverwalter (1975); ferner der nach § 1914 bestellte Pfleger des Sammelvermögens (für diesen Fall gibt Planck, Erl. 3 zu § 1914 die cura rei zu, obwohl er in Vorbem. 3 vor § 1909 sagt, daß „eine Güterpflege dem BGB. fremd sei"); der „Güterpfleger", welcher nach dem Wortlaut des § 334 II StPO. einzusetzen ist. Vgl. o. § 115 u. Bd. 1 § 44. Auch in dem im Falle des § 928 BGB. (nach der clausula generalis des § 1913) zu bestellenden Pfleger des Grundstücks (= der aus ihm gebildeten Vermögensmasse, s. u. § 124 S. 378) sieht Planck zu § 928 mit Recht einen curator bonorum.

[13a]) Er erhält seine Vertretungsmacht zwar auf Grund der Anordnung des Erblassers, aber doch nicht nach allgemeinen Vertretungsgrundsätzen, sondern kraft spezieller gesetzlicher Vorschrift (§§ 2205/6, 2212/3). Er vertritt weder den Erblasser, noch den Erben, sondern — sofern es sich um die Verwaltung des Nachlasses handelt — diesen. Mit Recht spricht das BGB. (z. B. §§ 2201/2) von dem „Amt" des Testamentsvollstreckers und stellt ihn ähnlich dem Pfleger (wenn auch nicht so weit gehend) unter die Kontrolle des Gerichts (§ 2227). Vgl. o. S. 305 [40], 319.

ihrem Prozesse als Zeuge vernommen zu werden, und wenn sie unterliegt, ist sie in die Prozeßkosten zu verurteilen, ebenso wie wenn sie selbst prozessiert hätte. ZPO. § 473 II, 2 findet Anwendung. In den unter b) zusammengestellten Fällen aber hat der gesetzliche Vertreter, mag er Pfleger oder Verwalter oder Testamentsvollstrecker heißen, die Stellung des curator rei. Der Sachpfleger vertritt nicht etwa eine Sache (die Sache ist nicht vertretungsfähig). Er heißt Sachpfleger, weil er für ein Vermögen zu sorgen hat ohne Rücksicht auf die individuellen Interessen der Person, der es gehört, und ohne als Vertreter dieser Person angesehen zu werden. Seine Rechtshandlungen (im privatrechtlichen Verkehr und im Prozesse) wirken direkt nur auf das ihm zur Verwaltung anvertraute Vermögen.[14]) Die Interessen, die er wahrzunehmen hat, können verschiedener Art sein: nur Erhaltung des Vermögens oder Verwaltung zwecks Befriedigung der Gläubiger (Nachlaßverwaltung, Konkurs) oder Ausführung der Anordnungen des Erblassers und dergleichen.

4. Die Stellung von gesetzlichen Vertretern haben

a) die zur Prozeßführung berufenen Organe der juristischen Personen, so insbesondere der Vorstand des rechtsfähigen Vereins und der Stiftung (BGB. § 26 III, 1, § 86), bei den juristischen Personen des öffentlichen Rechts aber die Behörde, die zu ihrer Vertretung berufen ist. Auf die für die Praxis wichtigen, zum Teil sehr zweifelhaften Fragen, wie sich hiernach die Vertretung im einzelnen gestaltet, kann hier nicht eingegangen werden.[15]) Nur auf einige prinzipielle Gesichtspunkte ist hinzuweisen.

Der Grund, weshalb die juristischen Personen Vertreter haben müssen und weshalb diese die Stellung von gesetzlichen Vertretern haben, liegt nicht in ihrer Prozeßunfähigkeit, sondern in der Eigenartigkeit ihrer Rechtspersönlichkeit.[16]) Vertreter der öffentlichrechtlichen juristischen Personen im Rechtsstreit, insbesondere des Fiskus, sind die in den Reichs- und Landesgesetzen bezeichneten Behörden.[17]) Natürlich werden die einzelnen Prozeßhandlungen von bestimmten Personen vorgenommen, aber sie handeln als Repräsentanten der betreffenden Behörde. Die vertretene Behörde bleibt identisch, auch wenn die sie repräsentierenden Personen wechseln.[18])

---

[14]) Die Handlungen des Nachlaßpflegers haben eine ganz andere Wirkung, als die Handlungen eines Vormunds oder Pflegers des Erben. Diese Vertreter können Nachlaßverbindlichkeiten ebensowenig erzeugen wie der Erbe selbst. (Dieser macht sich, wie § 1978 zeigt, persönlich haftbar, wenn er z. B. eine deponierte Sache beschädigt. Auf den Vormund des Erben findet deshalb § 278 BGB. Anwendung.) Aber aus den Handlungen des Nachlaßpflegers entstehen Nachlaßverbindlichkeiten (mit der Folge des § 1975). Wenn letzteres auch die herrschende Meinung annimmt (so Strohal, Erbr. 2 65), so ist das inkonsequent und ein Zeichen für die Unrichtigkeit ihres von uns bekämpften prinzipiellen Standpunkts (vgl. o. § 112 III, § 115). Konsequent auch hier Planck, Erl. 3 zu § 1978. Vgl. jetzt RG. 62 S. 38.

[15]) Vgl. hierüber die Kommentare zu §§ 18, 51 (besonders reichhaltige Nachweise, auch über die umfangreiche Judikatur, bei Stoniezki-Gelpcke) und Fritze, Zusammenstellung der Behörden, welche den preußischen Landesfiskus und den deutschen Reichsfiskus im Prozesse zu vertreten befugt sind (1891), Scholz bei Gruchot 47 556 f. [16]) Vgl. o. § 116 a. E.

[17]) Vgl. z. B. ZPO. § 18 und die zahlreichen Vorschriften, die sagen, daß „der Staatsanwalt" (genauer: die staatsanwaltschaftliche Behörde als Vertreter des Staates) zu klagen hat oder zu verklagen ist (s. o. § 122 bei Note 16). Auch der Minister ist nicht etwa, solange er Minister ist, der Vertreter, sondern dies ist das Ministerium, als dessen Organ der jeweilige Minister oder sein sog. Stellvertreter die Prozeßhandlungen vornimmt (vgl. auch o. S. 57).

Die staatliche Verwaltungsorganisation ist derart eingerichtet, daß eine Reihe von Behörden zur Führung der staatlichen Rechtsstreitigkeiten berufen ist. Welche Behörde es im einzelnen Falle ist, bestimmt sich nach dem Geschäftskreis, der der Behörde überwiesen ist.[19]) Dabei handelt es sich aber lediglich um eine Verteilung der Vertretungsmacht mit Rücksicht auf den Gegenstand des Rechtsstreits. Auf die Frage, wer Partei ist, hat diese Abgrenzung keinen Einfluß. Der preußische Fiskus ist eine einheitliche juristische Person. Deshalb sind Prozesse zwischen dem Eisenbahnfiskus und dem Justizfiskus nicht möglich. Ist die Klage einer Behörde zugestellt, die zu der Führung des Rechtsstreits nicht berufen ist,[20]) so muß Prozeßabweisung wegen Mangels der Vertretungsmacht erfolgen.[21])[22]) Dasselbe gilt, wenn im Wege der Widerklage oder Inzidentfeststellungsklage ein Rechtsstreit anhängig gemacht wird, für den der Behörde die Vertretungsmacht fehlt. Ist unter Übersehung des Mangels ein rechtskräftiges sachliches Urteil gefällt, so ist es trotzdem solange verbindlich, bis es durch Nichtigkeitsklage (§ 579 Nr. 4) beseitigt ist. Die mangelnde Vertretungsmacht kann auch noch im Laufe des Prozesses durch die vorgesetzte Behörde nach Maßgabe der verwaltungsrechtlichen Vorschriften verliehen werden.[23])

b) Entsprechend haben die Vorstände der Vereine, die als solche klagen und verklagt werden können, obwohl sie keine juristischen Personen sind, die Stellung von gesetzlichen Vertretern (des Vereins, nicht etwa der Vereinsmitglieder).[23a]) Bei dem nicht rechtsfähigen Verein ist dies dadurch außer allen Zweifel gestellt, daß ZPO. § 50 II bestimmt, daß er „in dem Rechtsstreite die Stellung eines rechtsfähigen Vereins hat". Dasselbe gilt von der offenen Handelsgesellschaft. Hier kommt die Stellung von gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft denjenigen Gesellschaftern zu, die „zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt" sind, im Zweifel also allen Gesellschaftern (HGB. § 125). Parteieide sind demnach von allen, aber auch nur von den zur Vertretung der Gesellschaft befugten Gesellschaftern zu leisten.[24])

---

[18]) Anders Wach I 567, der die juristischen Personen als prozeßunfähig betrachtet. — Das Analogon auf dem privatrechtlichen Gebiete ist die Erteilung einer Vollmacht an eine juristische Person. Das ist etwas anderes, als wenn der Direktor der Aktiengesellschaft Vollmacht erhält. Ebenso ist es ein Unterschied, ob die Verwaltung einer Stiftung von dem Landgerichtspräsidenten oder von dem Landgericht geführt wird, ob die Bank Testamentsvollstrecker ist oder ob ihr Direktor es ist.

[19]) Eigentümlich ist die Möglichkeit der Vertretung des Reichsfiskus (im Zweifel vertritt ihn der Reichskanzler) durch die landesrechtlichen Behörden der Kontingentsverwaltungen, vgl. Skonietzki-Gelpcke, Erl. 3 zu § 18.

[20]) Zustellung an mehrere Behörden, wenn Kläger im Zweifel über die Legitimation ist (RG. 41 S. 388), ist nicht mehrfache Klagerhebung.

[21]) Anders Wach I 567[29], der mit dem Gesichtspunkte der Parteifähigkeit („beschränkte formelle Parteifähigkeit") operiert.

[22]) Wenn die zur Vertretung berufene Behörde ihren Sitz nicht im Bezirk des Prozeßgerichts hat, so konkurriert der Mangel der örtlichen Zuständigkeit (ZPO. § 18). Wird der Mangel der Vertretungsmacht durch Genehmigung der vorgesetzten Behörde geheilt, so wird damit zugleich die Zuständigkeit des Gerichts hergestellt.

[23]) Skonietzki-Gelpcke, Erl. 3 a. E. zu § 18. Vgl. RG. 41 S. 388/9.

[23a]) Über die gesetzlichen Vertreter der selbständigen Vermögensmassen vgl. schon o. 3 b (Seite 371).

[24]) Die von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter können als Zeugen vernommen werden. Daß dies bei vertretungsberechtigten Gesellschaftern unzulässig ist, beruht auf demselben Grunde, der es ausschließt, daß der jetzige Direktor einer Aktiengesellschaft oder der jetzige Vormund der Partei als Zeuge vernommen

ihrem Prozesse als Zeuge vernommen zu werden, und wenn sie unterliegt, ist sie in die Prozeßkosten zu verurteilen, ebenso wie wenn sie selbst prozessiert hätte. ZPO. § 473 II, 2 findet Anwendung. In den unter b) zusammengestellten Fällen aber hat der gesetzliche Vertreter, mag er Pfleger oder Verwalter oder Testamentsvollstrecker heißen, die Stellung des curator rei. Der Sachpfleger vertritt nicht etwa eine Sache (die Sache ist nicht vertretungsfähig). Er heißt Sachpfleger, weil er für ein *Vermögen* zu sorgen hat ohne Rücksicht auf die individuellen Interessen der Person, der es gehört, und ohne als Vertreter *dieser* Person angesehen zu werden. Seine Rechtshandlungen (im privatrechtlichen Verkehr und im Prozesse) wirken *direkt* nur auf das ihm zur Verwaltung anvertraute Vermögen.[14] Die Interessen, die er wahrzunehmen hat, können verschiedener Art sein: nur Erhaltung des Vermögens oder Verwaltung zwecks Befriedigung der Gläubiger (Nachlaßverwaltung, Konkurs) oder Ausführung der Anordnungen des Erblassers und dergleichen.

4. Die Stellung von gesetzlichen Vertretern haben

a) die zur Prozeßführung berufenen Organe der juristischen Personen, so insbesondere der Vorstand des rechtsfähigen Vereins und der Stiftung (BGB. § 26 III, 1, § 86), bei den juristischen Personen des öffentlichen Rechts aber die Behörde, die zu ihrer Vertretung berufen ist. Auf die für die Praxis wichtigen, zum Teil sehr zweifelhaften Fragen, wie sich hiernach die Vertretung im einzelnen gestaltet, kann hier nicht eingegangen werden.[15] Nur auf einige prinzipielle Gesichtspunkte ist hinzuweisen.

Der Grund, weshalb die juristischen Personen Vertreter haben müssen und weshalb diese die Stellung von gesetzlichen Vertretern haben, liegt nicht in ihrer Prozeßunfähigkeit, sondern in der Eigenartigkeit ihrer Rechtspersönlichkeit.[16] Vertreter der öffentlichrechtlichen juristischen Personen im Rechtsstreit, insbesondere des Fiskus, sind die in den Reichs- und Landesgesetzen bezeichneten Behörden.[17] Natürlich werden die einzelnen Prozeßhandlungen von bestimmten Personen vorgenommen, aber sie handeln als Repräsentanten der betreffenden *Behörde*. Die vertretene Behörde bleibt identisch, auch wenn die sie repräsentierenden Personen wechseln.[18]

---

[14]) Die Handlungen des *Nachlaßpflegers* haben eine ganz andere Wirkung, als die Handlungen eines Vormunds oder Pflegers des *Erben*. *Diese* Vertreter können Nachlaßverbindlichkeiten ebensowenig erzeugen wie der Erbe selbst. (Dieser macht sich, wie § 1978 zeigt, *persönlich* haftbar, wenn er z. B. eine deponierte Sache beschädigt. Auf den Vormund des Erben findet deshalb § 278 BGB. Anwendung.) Aber aus den Handlungen des Nachlaßpflegers entstehen Nachlaßverbindlichkeiten (mit der Folge des § 1975). Wenn letzteres auch die herrschende Meinung annimmt (so Strohal, Erbr. 2 65), so ist das inkonsequent und ein Zeichen für die Unrichtigkeit ihres von uns bekämpften prinzipiellen Standpunkts (vgl. o. § 112 III, § 115). Konsequent auch hier Planck, Erl. 3 zu § 1978. Vgl. jetzt RG. 62 S. 38.

[15]) Vgl. hierüber die Kommentare zu §§ 18, 51 (besonders reichhaltige Nachweise, auch über die umfangreiche Judikatur, bei Stonietzki-Gelpcke) und Fritze, Zusammenstellung der Behörden, welche den preußischen Landesfiskus und den deutschen Reichsfiskus im Prozesse zu vertreten befugt sind (1891), Scholz bei Gruchot 47 556 f. [16]) Vgl. o. § 116 a. E.

[17]) Vgl. z. B. ZPO. § 18 und die zahlreichen Vorschriften, die sagen, daß „der Staatsanwalt" (genauer: die staatsanwaltschaftliche Behörde als Vertreter des Staates) zu klagen hat oder zu verklagen ist (s. o. § 122 bei Note 16). Auch der Minister ist nicht etwa, solange er Minister ist, der Vertreter, sondern dies ist das Ministerium, als dessen Organ der jeweilige Minister *oder sein sog. Stellvertreter* die Prozeßhandlungen vornimmt (vgl. auch o. S. 57).

Die staatliche Verwaltungsorganisation ist derart eingerichtet, daß eine Reihe von Behörden zur Führung der staatlichen Rechtsstreitigkeiten berufen ist. Welche Behörde es im einzelnen Falle ist, bestimmt sich nach dem Geschäftskreis, der der Behörde überwiesen ist.[19] Dabei handelt es sich aber lediglich um eine Verteilung der Vertretungsmacht mit Rücksicht auf den Gegenstand des Rechtsstreits. Auf die Frage, wer Partei ist, hat diese Abgrenzung keinen Einfluß. Der preußische Fiskus ist eine einheitliche juristische Person. Deshalb sind Prozesse zwischen dem Eisenbahnfiskus und dem Justizfiskus nicht möglich. Ist die Klage einer Behörde zugestellt, die zu der Führung des Rechtsstreits nicht berufen ist,[20] so muß Prozeßabweisung wegen Mangels der Vertretungsmacht erfolgen.[21][22] Dasselbe gilt, wenn im Wege der Widerklage oder Inzidentfeststellungsklage ein Rechtsstreit anhängig gemacht wird, für den der Behörde die Vertretungsmacht fehlt. Ist unter Übersehung des Mangels ein rechtskräftiges sachliches Urteil gefällt, so ist es trotzdem solange verbindlich, bis es durch Nichtigkeitsklage (§ 579 Nr. 4) beseitigt ist. Die mangelnde Vertretungsmacht kann auch noch im Laufe des Prozesses durch die vorgesetzte Behörde nach Maßgabe der verwaltungsrechtlichen Vorschriften verliehen werden.[23]

b) Entsprechend haben die Vorstände der Vereine, die als solche klagen und verklagt werden können, obwohl sie keine juristischen Personen sind, die Stellung von gesetzlichen Vertretern (des Vereins, nicht etwa der Vereinsmitglieder).[23a] Bei dem nicht rechtsfähigen Verein ist dies dadurch außer allen Zweifel gestellt, daß ZPO. § 50 II bestimmt, daß er „in dem Rechtsstreite die Stellung eines rechtsfähigen Vereins hat". Dasselbe gilt von der offenen Handelsgesellschaft. Hier kommt die Stellung von gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft denjenigen Gesellschaftern zu, die „zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt" sind, im Zweifel also allen Gesellschaftern (HGB. § 125). Parteieide sind demnach von allen, aber auch nur von den zur Vertretung der Gesellschaft befugten Gesellschaftern zu leisten.[24]

---

[18]) Anders Wach I 567, der die juristischen Personen als prozeßunfähig betrachtet. — Das Analogon auf dem privatrechtlichen Gebiete ist die Erteilung einer Vollmacht an eine juristische Person. Das ist etwas anderes, als wenn der Direktor der Aktiengesellschaft Vollmacht erhält. Ebenso ist es ein Unterschied, ob die Verwaltung einer Stiftung von dem Landgerichtspräsidenten oder von dem Landgericht geführt wird, ob die Bank Testamentsvollstrecker ist oder ob ihr Direktor es ist.

[19]) Eigentümlich ist die Möglichkeit der Vertretung des Reichsfiskus (im Zweifel vertritt ihn der Reichskanzler) durch die landesrechtlichen Behörden der Kontingentsverwaltungen, vgl. Skonietzki-Gelpcke, Erl. 3 zu § 18.

[20]) Zustellung an mehrere Behörden, wenn Kläger im Zweifel über die Legitimation ist (RG. 41 S. 388), ist nicht mehrfache Klagerhebung.

[21]) Anders Wach I 567 [29], der mit dem Gesichtspunkte der Parteifähigkeit („beschränkte formelle Parteifähigkeit") operiert.

[22]) Wenn die zur Vertretung berufene Behörde ihren Sitz nicht im Bezirk des Prozeßgerichts hat, so konkurriert der Mangel der örtlichen Zuständigkeit (ZPO. § 18). Wird der Mangel der Vertretungsmacht durch Genehmigung der vorgesetzten Behörde geheilt, so wird damit zugleich die Zuständigkeit des Gerichts hergestellt.

[23]) Skonietzki-Gelpcke, Erl. 3 a. E. zu § 18. Vgl. RG. 41 S. 388/9.

[23a]) Über die gesetzlichen Vertreter der selbständigen Vermögensmassen vgl. schon o. 3 b (Seite 371).

[24]) Die von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter können als Zeugen vernommen werden. Daß dies bei vertretungsberechtigten Gesellschaftern unzulässig ist, beruht auf demselben Grunde, der es ausschließt, daß der jetzige Direktor einer Aktiengesellschaft oder der jetzige Vormund der Partei als Zeuge vernommen

Bereits früher nahm die Praxis dies an.[25]) Durch die neue Fassung des HGB. ist es jetzt außer Zweifel gestellt. Denn wenn § 126 den Vertretungsberechtigten „alle gerichtlichen ... Rechtshandlungen" überträgt, so folgt aus § 125 I, daß der Ausschluß von der Vertretung auch den Ausschluß von den Prozeßhandlungen (insbesondere den Eidesleistungen) bedeutet.

c) Bestellen die Gläubiger nach Maßgabe des Gesetzes betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen (vom 4. Dezember 1899) einen gemeinsamen Vertreter und führt dieser Vertreter der Gesamtheit der Gläubiger einen Rechtsstreit, so „hat er in diesem die Stellung eines gesetzlichen Vertreters".[25a]).

d) Als gesetzliche Vertreter „mit den Rechten und Pflichten der gesetzlichen Vertreter einer nicht prozeßfähigen Partei" gelten die Behörden, die für die Vermögensverwaltung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien und gewisser ehemals landesherrlicher Familien bestehen.[26])

III. Außer den gesetzlichen Vertretern für die gesamte Prozeßführung kennt das Gesetz gesetzliche Vertreter für **einzelne** Prozeßhandlungen, nämlich für die Empfangnahme von Zustellungen. Die hierauf bezüglichen Vorschriften regeln

1. die Frage, an wen die Zustellung zu richten ist. Regelmäßig ist Zustellungsadressat die Partei bzw. ihr gesetzlicher Vertreter[27]) oder der bestellte Bevollmächtigte,[28]) innerhalb eines bereits anhängigen Rechtsstreits aber ausschließlich der Prozeßbevollmächtigte (§§ 176—179). In allen diesen Vorschriften handelt es sich nicht um die Aufstellung von gesetzlichen Spezialvertretern für die Zustellung, wohl aber ist eine solche enthalten in der Vorschrift (§ 171 II), daß die Zustellung an den Vorsteher einer

---

werde, nicht aber darauf, daß die Gesellschafter Partei sind (so wieder RG. 46 S. 41/2 [VII. S.], vgl. dagegen RG. 45 S. 341/2 [VI. S.]). Wären sie dies, so könnten sie auch nicht Nebenintervenienten der Gesellschaft sein, was RG. 5 S. 70, 34 S. 363 mit Recht als zulässig bezeichnet.

[25]) RG. 14 S. 20, billigend die Denkschrift zum Entw. des HGB. (Hahn S. 266), Staub, Anm. 9 zu § 124, Dernburg, BR. 2 365 b [25] (anders noch Pr. PrivR. 2 § 221 [7]). Dagegen nam. Wach I 550, ZZP. 9 441. Vgl. o. Bd. 1 §§ 45 I, 46 [10], 47 III.

[25a]) § 14 III des zit. Ges. Dieser Fall ist höchst eigenartig insofern, als 1. die Existenz eines solchen (gewählten) Vertreters das Prozeßführungsrecht des einzelnen Gläubigers nicht notwendig, sondern nur dann ausschließt, wenn die Gläubigerversammlung es beschlossen hat (§ 14 II), 2. als für die Prozeßkosten, die den Gläubigern zur Last fallen, der Schuldner haftet (unbeschadet seines Rückgriffs gegen die Gläubiger), § 14 III. [26]) Vgl. o. § 117 I (S. 331).

[27]) § 171 I spricht nur aus, was sich von selbst versteht, weil die Zustellung eine Prozeßhandlung ist. Der § 171 III entspricht dem § 28 II BGB.

[28]) Der § 173 stellt klar, daß die Vertretungsmacht des Generalbevollmächtigten und des Prokuristen sich in vermögensrechtlichen bzw. handelsgewerblichen Streitigkeiten auch auf die Prozeßführung erstreckt. Daß der Prozeßbevollmächtigte bzw. der Zustellungsbevollmächtigte (§ 174) richtiger Adressat für die Zustellung sein kann, versteht sich von selbst.

Behörde, Gemeinde und Korporation und eines Vereins (auch des nicht rechtsfähigen) stets genügt (also auch dann, wenn der Vorsteher nicht die gesetzliche generelle Vertretungsmacht für die ganze Prozeßführung haben sollte), ferner in der Vorschrift, daß für Zustellungen an einen Unteroffizier oder Gemeinen der Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde kraft Gesetzes Zustellungsvertreter ist[29]) und daß dies im Falle des § 176 (Zustellung durch Aufgabe zur Post) die Postbehörde des Absendungsortes ist.[30])

2. Die §§ 181/5 bestimmen die Personen, an die die Zustellung mit voller Wirksamkeit (gegen den Zustellungsadressaten) erfolgt, wenn dieser selbst nicht angetroffen wird. Bei dieser sog. Ersatzzustellung ist der Hausgenosse usw. gesetzlicher Zustellungsvertreter.[31]) Dieser Gesichtspunkt ist von der größten praktischen Bedeutung. Ist derjenige, an den die Ersatzzustellung geschieht, als Vertreter des Adressaten aufzufassen, so ergibt sich hieraus die Möglichkeit der Genehmigung, falls die Ersatzzustellung an eine Person, die keine gesetzliche Vertretungsmacht hatte, geschehen ist, also z. B. an den Hauswirt anstatt an den erwachsenen Hausgenossen (§ 181). Durch die Genehmigung konvalesziert in allen Fällen (auch wenn es sich um Wahrung von Notfristen handelt) die unwirksame Ersatzzustellung mit Rückwirkung.[32])

§ 124.

b) Besonders bestellte gesetzliche Prozeßvertreter.

Der gesetzliche Vertreter erhält, wie in § 123 gezeigt wurde, sein Amt in der Regel auf Grund von Tatsachen, die ganz außerhalb des Prozesses

[29]) § 172. Die Vorschrift ist nur im Interesse der militärischen Disziplin gegeben (Motive zu § 151 des Entw.) und berührt die Gültigkeit der an die Militärperson persönlich geschehenen Zustellung nicht (arg. §§ 201, 378). So mit Recht Fitting, ZZP. 11 54 f. gegen die Kommentare.

[30]) Die Motive zu Entw. §§ 153/4 bezeichnen die Post als „gesetzlichen Zustellungsbevollmächtigten". Dann könnte man auch den Vormund als gesetzlichen Bevollmächtigten bezeichnen. Der heutigen Rechtssprache entspricht dies nicht. — Der Gesichtspunkt der gesetzlichen Vertretung ist für die Fälle des Textes und für die Fälle unter 2 von Planck I 225 richtig hervorgehoben. Er wird von Gaupp-Stein, Erl. VII zu § 151, Erl. I zu § 171 gebilligt.

[31]) Derselbe Gesichtspunkt ist maßgebend für die Ersatzbestellung gemäß Reichspostordnung §§ 40/2.

[32]) Eine Beschwerung für den Adressaten liegt in dem Satze des Textes nicht, da es ja sein freier Wille ist, ob er genehmigen will. Unser Satz eröffnet aber die Möglichkeit, der Prozeßschikane in allen Fällen entgegenzutreten, in denen der Adressat nach geschehener Genehmigung versucht, aus der Mangelhaftigkeit der Zustellung einen Rechtsbehelf abzuleiten. Unser Satz ist auch keineswegs überflüssig neben § 187. Denn dieser § findet auch dann Anwendung, wenn die Genehmigung versagt wird, der § 187 ist aber unanwendbar, wenn das zuzustellende Schriftstück keine Ladung enthält, und das Zugeständnis des Empfangs (unter Versagung der Genehmigung) wirkt nicht zurück. Hier wird der Gesichtspunkt des Textes von großer Bedeutung. Vgl. auch o. § 67.

liegen. Ausnahmsweise jedoch findet eine Bestellung seitens des Vorsitzenden des Gerichts, bei dem die Klage erhoben werden soll, statt. Sie geschieht

I. für den Beklagten zu dem Zwecke, um dem Kläger die sofortige Erhebung der Klage zu ermöglichen.

1. Der Vorsitzende muß auf Antrag des (künftigen) Klägers einen „besonderen Vertreter“ (Litiskurator nannte man ihn früher) bestellen, wenn die zu verklagende Partei

a) keinen gesetzlichen Vertreter hat, ein solcher aber für die Klagerhebung nötig ist (§ 57 I). Der Hauptfall ist die Prozeßunfähigkeit der zu verklagenden Partei. Aber auch bei juristischen Personen und bei den diesen gleich zu behandelnden Parteien kann das in § 57 I vorausgesetzte Bedürfnis eintreten.[1]) Gleichgültig ist, ob die Partei einen gesetzlichen Vertreter noch nicht gehabt hat (z. B. der noch nicht entmündigte Geisteskranke) oder ob er durch Tod, Absetzung oder Verlust der Vertretungsmacht weggefallen ist.

b) Weiter ist regelmäßig erforderlich, daß „mit dem Verzug Gefahr verbunden ist“ (§ 57 I).

Das heißt: es muß dem Kläger, falls er auf die Bestellung des ordentlichen gesetzlichen Vertreters warten müßte,[2]) ein nicht oder nur schwer zu ersetzender Nachteil drohen, z. B. durch Vollendung der Verjährung oder durch Hinausschiebung der Rechtsverwirklichung. Ob eine Gefahr im Verzuge ist, hat der Vorsitzende nach den konkreten Umständen zu prüfen.[3]) Bloße Verzögerung der Bestellung des ordentlichen gesetzlichen Vertreters genügt nicht, wohl aber ist es hinreichend, wenn diese fakultativ ist und abgelehnt wurde.

c) Das Gesetz spricht nur von dem Fall, daß die Partei verklagt werden soll. Der Grund der Vorschrift trifft aber auch dann zu, wenn für den Kläger deshalb Gefahr im Verzug ist, weil der Fortgang des Prozesses durch die Prozeßunfähigkeit des Beklagten unmöglich gemacht wird, so jedenfalls dann, wenn an Stelle des ursprünglichen Beklagten eine neue Partei, die den nötigen gesetzlichen Vertreter nicht hat, getreten ist, aber auch wohl dann, wenn infolge eingetretener Prozeßunfähigkeit eine Unterbrechung (§ 241) oder Aussetzung (§ 246) des Verfahrens eingetreten

---

[1]) So kann für die Klage gegen den nicht rechtsfähigen Verein ein Prozeßvertreter bestellt werden, wenn der Vorstand fehlt, besonders auch im Falle BGB. § 1914 (vgl. o. Bd. 1 § 54 II, 2).

[2]) Der ordentliche Weg ist überall da, wo ein Vormund oder Pfleger zu bestellen ist, die Anzeige an das Vormundschafts- bezw. Nachlaßgericht (BGB. §§ 1774, 1909, 1911/4, 1915, 1960/2), bei Vereinen und Stiftungen der Antrag an das Amtsgericht (BGB. §§ 29, 86). Aber man denke an den Fall, daß ein erst zu entmündigender Geisteskranker verklagt werden soll (BGB. § 1906 hilft dem Kläger nicht) oder daß in Fällen dringender Gefahr (für den Kläger!) die Bestellung des Nachlaßpflegers oder eines sonstigen Pflegers erst nach weitläufigeren Ermittlungen zu ermöglichen ist.

[3]) Dabei hat der Vorsitzende zu beachten, daß mit der Prozeßführung durch einen Spezialvertreter, der über die Verhältnisse nicht orientiert ist und doch sofort prozessieren muß, leicht eine Gefahr für den Vertretenen verbunden sein kann.

und die dringend erforderliche Aufnahme nicht möglich ist, weil ein gesetzlicher Vertreter fehlt. In solchen Fällen ist der § 57 analog anzuwenden, ebenso auch, wenn einem Dritten der Streit verkündet werden soll.[4])

d) Nötig ist ein Antrag des Klägers an den Vorsitzenden und Nachweis der gesetzlichen Voraussetzungen.

Für den Antrag hat das Gesetz keine Ausnahme hinsichtlich des Anwaltszwangs (§ 78) gemacht. Eine Glaubhaftmachung der Klagberechtigung ist vom Gesetz nicht gefordert. Ist aber die beabsichtigte Klage offenbar aussichtslos, so kann nicht die Rede davon sein, daß mit dem Verzug Gefahr verbunden wäre. Gegen Ablehnung des Antrags ist Beschwerde statthaft (§ 567), nicht gegen seine Gewährung.[5]) Die Entscheidung des Vorsitzenden ist „Verfügung" (§ 329).

e) Der bestellte Vertreter ist gesetzlicher Vertreter wie ein im ordentlichen Wege bestellter Pfleger.

Die Besonderheit ist lediglich, daß die Bestellung nach einer in der ZPO. stehenden Vorschrift geschieht und sich in den Formen der streitigen Gerichtsbarkeit vollzieht und die Vertretungsmacht nur „bis zum Eintritt des gesetzlichen Vertreters" verleiht.[6]) Ihrem Inhalte nach ist sie ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ebenso wie die definitive Bestellung eines Vormundes oder Pflegers, für die sie Vorläufer ist. Von diesem Gesichtspunkte aus sind auch die in dem Gesetze enthaltenen Lücken auszufüllen. Soweit eine Verpflichtung zur Übernahme der Pflegschaft besteht, ist sie auch hier anzunehmen.[7]) Obgleich der Vertreter auf Antrag des Klägers bestellt wird, ist die Tätigkeit des Vertreters doch eine legitimierte Geschäftsbesorgung in Angelegenheiten des Beklagten; sie ist ebensowenig eine „Geschäftsführung ohne Auftrag" (BGB. § 677), wie die des gewöhnlichen Pflegers.[8]) Aufwendungen sind dem Vertreter von dem Beklagten zu ersetzen; so hat dieser dem Rechtsanwalt, der als Vertreter bestellt oder von dem Vertreter beauftragt ist, auch die Anwaltsgebühren zu zahlen (BGB. § 1835 II). Anderseits haftet der besondere Vertreter der von ihm vertretenen Partei in derselben Weise, wie ein Pfleger (gesetzliches Schuldverhältnis).

---

[4]) Die überwiegende Meinung (alle Kommentare zu § 57, auch RG. in Seuff. Arch. 44 Nr. 272) bleibt bei dem Wortlaut des § 57 stehen. — Vom Standpunkt des Textes aus steht auch nichts im Wege, dem Kläger einen besonderen Prozeßvertreter zu bestellen, wenn in dem unterbrochenen Verfahren der Beklagte dadurch gefährdet wird, daß er die Widerklage nicht erheben kann.

[5]) So auch nicht, wenn der Beklagte seinen Widerspruch in die Form des Antrags kleidet, die Ernennung aufzuheben. Vgl. RG. 46 S. 367. Anders ist es, wenn der Antrag auf eine Veränderung der Umstände gestützt wird.

[6]) § 57. Der Eintritt vollzieht sich entweder durch Erklärung in der mündlichen Verhandlung oder durch Anzeige an den Kläger. Vgl. o. § 117 S. 330/1. — Die Bestellung des (ordentlichen) gesetzlichen Vertreters hebt nicht schon die Legitimation des besonderen Vertreters auf. Erstere kann aber den Vorsitzenden veranlassen, den Interimskurator zu entlassen. Dann ist § 241 entsprechend anzuwenden (Anzeige an den ordentlichen gesetzlichen Vertreter).

[7]) BGB. §§ 1781 f. Verneinend die herrschende Ansicht; richtig Reincke zu § 57. Aus RAO. §§ 33/6 läßt sich eine Verpflichtung der Anwälte als solcher nicht ableiten. Diese Paragraphen betreffen nur Fälle, in denen sie genötigt werden, als Bevollmächtigte zu handeln.

[8]) A. M. Seuffert, Erl. 5 zu § 57. Aber man denke nur an den Fall, daß ein Nachlaßpfleger auf Antrag eines Nachlaßgläubigers bestellt wird (BGB. §§ 1961/2). Ist der Pfleger deshalb nicht Geschäftsbesorger für den Nachlaß?

Die Vertretungsmacht ist auch dann vorhanden, wenn die Bestellung nicht hätte geschehen dürfen und deshalb zurückgenommen werden muß. Sie dauert so lange, bis diese zurückgenommen wird.[9])

2. Besonders geregelt ist in § 57 II der Fall, daß eine Person, der für den beabsichtigten Prozeß die Prozeßfähigkeit fehlt, gemäß § 20 im Gerichtsstande des Aufenthalts- oder Garnisonsorts verklagt werden soll. Hier kann der Vorsitzende im Gegensatz zu der Regel unter 1 nach Ermessen einen besonderen Prozeßvertreter auch dann bestellen,

a) wenn der zu Beklagende anderswo einen gesetzlichen Vertreter hat

b) und wenn keine Gefahr im Verzug ist. Ein rechtfertigender Grund muß natürlich vorhanden sein. Im Gegensatz zu den Fällen des § 57 I (1) entscheidet hierüber das freie Ermessen des Vorsitzenden. Er kann hierbei auch das Interesse des zu Beklagenden berücksichtigen, so z. B. wenn der Vater oder Vormund des minderjährigen Studierenden in weiter Entfernung von dem Prozeßorte oder im Auslande wohnt.

Im Übrigen gilt das zu 1 Gesagte auch hier.

3. Ein besonderer Anwendungsfall des in § 57 I enthaltenen Prinzips ist der Fall des § 58 (Aufgabe des Eigentums an einem Grundstück nach BGB. § 928).

a) Durch solche Aufgabe entsteht eine Vermögensmasse, die — ähnlich der römischen hereditas iacens — ihr bisheriges Subjekt verloren hat und auf das neue Subjekt (den Aneignungsberechtigten) wartet.[10]) Diese Vermögensmasse wird gebildet aus dem Eigentum an dem Grundstück (an dessen Stelle im Falle der Zwangsversteigerung der Erlös tritt) und aus den sich aus dem Eigentum ergebenden Rechten.[11]) Die Masse ist belastet mit den Verpflichtungen, die sich, wie § 58 ZPO. sich ausdrückt, aus dem Eigentum ergeben, d. h. die den Eigentümer als solchen treffen.

b) Das Gesetz (§ 58) schreibt vor, daß der Vorsitzende einen Vertreter zu bestellen hat, wenn „ein Recht an dem Grundstück im Wege der Klage geltend gemacht werden soll“.[12]) Das Gesetz fordert nicht ausdrücklich ein

---

9) Im Ergebnis ebenso RG. in JWSchr. 1906 S. 532 Nr. 14. Vgl. u. S. 381 f.

10) Im allgemeinen vgl. o. Bd. 1 § 43 II. Neuere Literatur: Fink, Natur des aufgegebenen Eigentums (Diss. 1904).

11) Dahin gehören auch die Mietrechte. Mit den Konsequenzen, die sich aus dem o. Bd. 1 § 43 II verteidigten prinzipiellen Standpunkte ergeben, stimmen Dernburg, BR. 2 § 223 Note 1 und Schollmeyer, Schuldverhältnisse (2) 75 insofern überein, als sie annehmen, daß der Fiskus, wenn er die Aneignung erklärt, in das Mietverhältnis eintritt (BGB. § 571). In der Zwischenzeit ist als Subjekt des Mietverhältnisses die Vermögensmasse zu denken. Diese ist zu personifizieren (vice personae fungitur!). Zu dieser Anschauung neigt auch Seckel, Festgabe für Koch 206 ².

12) Dies ist auszudehnen auf die Fälle, in denen ein Anspruch geltend gemacht werden soll, der den Eigentümer als solchen trifft, z. B. der Anspruch auf Grundbuchsberichtigung (BGB. § 894) oder auf Beseitigung einer störenden Anlage (§ 908). Ebenso muß ein Prozeßvertreter bestellt werden, wenn ein Gläubiger des früheren Eigentümers oder der Konkursverwalter die Aufgabe des Eigentums (unentgeltliche Verfügung!) anfechten will, bevor der Aneignungsberechtigte das Eigentum erworben

besonderes Bedürfnis. Aber daß ein solches vorliegen muß, versteht sich schon nach dem Zusammenhang des § 58 mit dem § 57 von selbst. Es fehlt, wenn bereits ein Pfleger für die Vermögensmasse bestellt ist.[13]) Ist ein solcher nicht vorhanden, so muß der Vorsitzende zur Ermöglichung der Klage den besonderen Prozeßvertreter bestellen.

c) Dieser vertritt in dem Prozesse, für den er bestellt ist,[14]) die Vermögensmasse,[15]) nicht etwa den Fiskus als den Aneignungsberechtigten. Wäre letzteres richtig, so wäre der § 58 sinnlos. Denn der Fiskus ist nie ohne gesetzliche Vertreter, und es wäre nicht einzusehen, weshalb die Bestellung eines Prozeßvertreters stattfinden müßte.

Mag der Prozeß gegen den Pfleger oder gegen den besonderen Prozeßvertreter geführt werden: stets bedeutet ihre Verurteilung die Verurteilung der Vermögensmasse, die sie vertreten.[16]) Hierdurch gewinnt der Kläger einen Titel, der zur Zwangsvollstreckung in das Grundstück gemäß § 17 ZVG. erforderlich ist.[17]) Ebenso genügt dieser Titel zur Vollstreckung in die Mietforderungen, die zur Vermögensmasse gehören, oder in die Gelder, die hinzugetreten oder an die Stelle des Grundeigentums getreten sind. Der in § 787 vorgesehenen Bestellung eines Vertreters für die Zwangsvollstreckung bedarf es nur, wenn ein Pfleger oder ein genereller Prozeßvertreter (§ 58) fehlt.[18])

---

hat. Gehört dieser Fall nicht unter § 58, so ist doch die Bestellung jedenfalls nach § 57 zulässig.

[13]) Daß dies möglich ist, ist schon in den Protokollen der II. Kommission (3 187) anerkannt. Ein solcher Pfleger kann auch klagen (z. B. gegen den Mieter).

[14]) Zur Widerklage hat er Vertretungsmacht, nicht aber über die streitige Angelegenheit hinaus. Materielle Vertretungsmacht hat er nicht. Nur zur Empfangnahme der vom Gegner zu erstattenden Prozeßkosten ist er legitimiert, da dies ja sogar der Prozeßbevollmächtigte ist (§ 81 a. E.).

[15]) So auch GKG. § 47 Nr. 9: „Vertreter für ein von dem Eigentümer aufgegebenes Grundstück", womit nicht die Sache, sondern nur die aus dem Eigentum an ihr gebildete Vermögensmasse gemeint sein kann. Auch Planck zu § 928 bezeichnet seine Stellung als die eines curator bonorum. Vgl. auch Fuchs, Grundbuchrecht (zu § 928): eine Art Güterpfleger.

[16]) Also nicht eine Verurteilung des Aneignungsberechtigten, den man überwiegend als den Vertretenen betrachtet (so auch Romeick, Rechtsnachfolge S. 83, aber nur für den Fall der Aneignung!), anderseits auch nicht eine Verurteilung des (eigentümerlosen) Grundstücks. Einem Grundstück kann ich nicht kündigen (was doch möglich sein muß, wenn anders die zu kündigende Grundschuld verfolgbar sein soll); ein Grundstück kann nicht verurteilt werden, kann nicht Kosten schulden, kann nicht Subjekt des (fortdauernden) Mietverhältnisses oder der Rechte und Pflichten sein, die im Prozesse „wahrgenommen" werden sollen, also doch wohl vorhanden sein müssen, wenn über sie prozessiert werden kann. Über diese Schwierigkeiten kommt man auch nicht hinweg, wenn man die Verlegenheitsphrase gebraucht, der Vertreter prozessiere kraft Amtes im eigenen Namen (worüber?) oder es liege ein Prozeß in rem vor (so Kohler, Encycl. 2 91). Weismann I § 24 III, 5 meint, es fehle überhaupt an einer Partei: Und doch Prozeß?

[17]) Dem zit. § 17 ist genügt, wenn — was ja Voraussetzung ist — im Grundbuch eingetragen ist, daß der bisherige Eigentümer aufgehört hat, es zu sein, ohne daß ein neuer an seine Stelle trat. Damit erhellt aus dem Grundbuch, daß unsere Vermögensmasse vorhanden ist.

[18]) So also dann, wenn die Aufgabe erfolgte, nachdem bereits der Titel gegen

d) Auch der nach § 58 für das Grundstück bestellte Vertreter erhält ebenso wie der des § 57 sein Amt nur aushilfsweise. Es erlischt durch „den Eintritt des gesetzlichen Vertreters" (§ 57). Das ist hier der für die Grundstücksmasse bestellte Pfleger.[19])

e) Läßt sich der Aneignungsberechtigte nach Beendigung des gegen den Pfleger oder besonderen Vertreter geführten Prozesses im Grundbuch als Eigentümer eintragen, so wirkt das Urteil für und gegen ihn als den Rechtsnachfolger der Vermögensmasse (§ 325). Erfolgt die Eintragung während des schwebenden Prozesses, so fällt die bisherige Partei und somit auch die Vertretungsmacht des Vertreters fort, und der eingetragene neue Eigentümer hat den durch jene Ereignisse unterbrochenen Prozeß aufzunehmen.[20])

f) Die Grundsätze des § 58 sind entsprechend anzuwenden, wenn das Eigentum an einem in das Schiffsregister eingetragenen Schiffe aufgegeben wird.[21])

II. Die Bestellung eines besonderen gesetzlichen Vertreters für die prozeßunfähige Partei, in deren Namen geklagt werden soll, ist im Gesetze nur in Ausnahmsfällen vorgesehen, nämlich dann, wenn der Entmündigte die Wiederaufhebung der Entmündigung ohne Erfolg beantragt hat und sein gesetzlicher Vertreter (§ 679 II) die Klage auf Aufhebung nicht erheben will. Hier kann (nicht: muß) der Vorsitzende des Prozeßgerichts einen Rechtsanwalt als besonderen Vertreter beiordnen (§§ 679 III, 686 II). Der Entmündigte ist prozeßunfähig. Der Rechtsanwalt ist hier gesetzlicher Vertreter.[22])

§ 125.

c) Die prozessuale Stellung der gesetzlichen Vertreter.

I. Nach „bürgerlichem" Rechte (ZPO. § 51), genauer: nach dem für das Vertretungsverhältnis im allgemeinen maßgebenden bürgerlichen oder öffent-

---

den Eigentümer erlangt war. Die vollstreckbare Ausfertigung gegen den Vertreter ist auf dem Wege der §§ 727, 730 2 zu erlangen, ebenso wie im Falle des § 749. — War der Prozeß anhängig, als die Aufgabe erfolgte, so führt der Eigentümer den Prozeß gemäß § 265 weiter; wird nun ein Vertreter nach § 58 bestellt, so findet § 266 Anwendung. — Der § 787 entspricht dem § 779 II, wo das im Texte Gesagte ausgesprochen ist.

[19]) Die Bestellung eines solchen herbeizuführen, wird häufig im Interesse des Klägers liegen. Der Pfleger hat auch materielle Vertretungsmacht. Er kann z. B. die Mietzinsen einziehen, um die Prozeßkosten zu bezahlen; er kann die Grundbuchsberichtigung bewilligen, wenn auf diese geklagt ist (Note 12,4).

[20]) Vgl. Hellwig, Rechtskraft S. 276,7.

[21]) ZBG. §§ 162 f. Vgl. LG. Hamburg in ZZP. 29 242.

[22]) Eine andere Bedeutung hat die Beiordnung in den Fällen ZPO. § 668 (Anfechtungsklage), § 115 Nr. 3, § 116 und RAO. §§ 33,4. Hier wird der Beigeordnete nur gezwungen, als Vertreter zu handeln. Seine Vertretungsmacht beruht auf dem Willen des Vertretenen, der für diese Klage trotz der Entmündigung prozeßfähig ist. Der Vertreter ist Bevollmächtigter. Vgl. RG. 35 S. 351 und in Seuff. Arch. 56 Nr. 169.

lichen, in- oder ausländischen Rechte bestimmt sich, soweit die ZPO. nicht selbst Vorschriften enthält:

1. ob die als gesetzlicher Vertreter handelnde oder in Anspruch genommene Person wirklich *zu dem Amte berufen* ist,

2. ob sie persönlich die *Fähigkeit* zur Prozeßführung besitzt (S. 384),

3. ob sie gerade für *diesen* Rechtsstreit die *Vertretungsmacht* (legitimatio ad processum) hat (S. 385).

Zu 1. Die Berufung zum Amt kann unmittelbar auf dem *Gesetz* (elterliche Gewalt) oder mittelbar auf einer *rechtsgeschäftlichen* **Anordnung** (Testamentsvollstrecker) beruhen oder aber auf einer *obrigkeitlichen* Verfügung.

In den Fällen der ersten Art hängt die Legitimation des Vertreters davon ab, ob die wesentlichen gesetzlichen Voraussetzungen sämtlich vorhanden sind. Dies hat das Prozeßgericht *frei zu prüfen*. Ergibt sich, daß eine Voraussetzung fehlt,[1] so ist festgestellt, daß die bereits vorgenommenen Prozeßhandlungen unwirksam sind. Die Partei war nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten.[2]

Bei einer *obrigkeitlichen Verfügung*[3] aber kommt es lediglich darauf an, ob sie von der *sachlich* zuständigen Behörde erlassen wurde und noch in Wirksamkeit ist. Ist die Bestellung von der *sachlich* zuständigen Behörde ausgegangen, so macht dieser **konstitutive** Staatsakt den Bestellten zum gesetzlichen Vertreter auch dann, wenn er nicht hätte bestellt werden dürfen. Wird die Bestellung wegen eines solchen Mangels aufgehoben, so wird dadurch die Wirksamkeit der von dem Bestellten bereits vorgenommenen Prozeßhandlungen nicht berührt. Auch dann nicht, wenn die Aufhebung mit *rückwirkender* Kraft stattfindet, also Vernichtung ist. Daraus folgt, daß das Prozeßgericht nur zu prüfen hat, ob eine dem Gesagten entsprechende Bestellung erfolgt ist. Jener Grundsatz ist

a) für diejenigen Bestellungen eines gesetzlichen Vertreters, die im Wege

---

[1]) Fehlt die gültige Ernennung des Testamentsvollstreckers, wurde aber ein Testamentsvollstreckerzeugnis (BGB. § 2368) erteilt, so wirkt dies auch für die Prozeßführung. Der Erbe bzw. der wahre Testamentsvollstrecker muß diese gelten lassen, wenn der Gegner beim Beginn der Rechtshängigkeit die Unrichtigkeit des Zeugnisses nicht kannte. (Vgl. o. Bd. 1 § 55 [5, 6].) Man wird den genannten Personen aber die Befugnis einzuräumen haben, daß sie den Prozeß übernehmen dürfen. Vgl. Hellwig, Rechtskraft 473 f. — Das falsche Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft (BGB. § 1507) kommt in diesem Zusammenhange nicht in Betracht, da der überlebende Ehegatte das Verwaltungsrecht nicht als Vertreter der Kinder, sondern durchaus im *eigenen* Namen ausübt, s. a. a. O. S. 475.

[2]) Ist dem Vater die Vertretung des Kindes entzogen und einem Pfleger übertragen (BGB. §§ 1630 II, 1670), so hört die Vertretungsmacht des Vaters auch dann auf, wenn die Entziehung mit Unrecht geschehen ist und deshalb im Anfechtungswege aufgehoben wird. Die Aufhebung bewirkt dann aber, daß das, was der Vater in der Zwischenzeit getan hat, nicht wegen der Entziehung in Frage gestellt werden kann. Vgl. BGB. § 115 I, 1. Bezüglich des Pflegers gilt FGG. § 32.

[3]) Vgl. Josef, ZZP. 30 98 f., Hellwig, DJZ. 1904 S. 834, Skonietzki-Gelpcke, Erl. 4 zu § 56 (Judikatur), auch o. Bd. 1 § 14 IV.

der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergehen,[4]) generell ausgesprochen in § 32 des FGG., der zwar nur von Rechtsgeschäften redet, aber wegen der in § 51 ZPO. enthaltenen Verweisung auf das „bürgerliche" Recht auch für Prozeßhandlungen gilt. Ist also z. B. ein Vormund bestellt, obwohl eine Entmündigung (BGB. § 1896) nicht stattgefunden hat oder obwohl die Voraussetzungen des § 1906 nicht vorliegen, und hat er eine Klage angestellt, so hat der prozeßfähige Vertretene den Prozeß weiterzuführen, wenn die Bestellung als gesetzwidrig aufgehoben wird.[5]) Die Rückwirkung der Aufhebung zeigt sich darin, daß die Rechtshandlungen, die der Bevormundete selbst in der Zwischenzeit vorgenommen hat, konvaleszieren;[6]) die Rechtshandlungen des Vertreters aber werden so beurteilt, als ob seine Bestellung ex nunc aufgehoben wäre.[7]) In derselben Weise ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn der Vorsitzende für den vermeintlich Geisteskranken einen besonderen Vertreter gemäß § 57 bestellt hat und die Bestellung zurücknimmt, weil es sich im Laufe des Prozesses herausstellt, daß er nicht geisteskrank, also nicht prozeßunfähig ist.[8])

Weitere Beispiele ergeben sich bei einer mit Unrecht erfolgten oder länger, als es zulässig ist, aufrecht erhaltenen Bestellung eines Nachlaßpflegers[8a]) oder Nachlaßverwalters, bei der Bestellung des Pflegers für ein in Wirklichkeit nicht verwaltungsloses Sammelvermögen (BGB. § 1914) usw.

b) Handelt es sich um einen Vertreter, der als gesetzlicher Vertreter gilt, so werden seine Prozeßhandlungen nicht dadurch hinfällig, daß die durch Staatsakt in das Leben gerufene juristische Person „für nichtig erklärt", d. h. vernichtet wird. Solange bis dies geschehen ist, kann aus der Nichtigkeit (richtiger: Vernichtbarkeit) kein Grund gegen die Legitimation des Vorstandes abgeleitet werden. Für Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung ergibt sich dies direkt daraus, daß hier, wie das Gesetz sagt, die für den Fall der Auflösung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden, nachdem die Nichtigkeit in das Handelsregister eingetragen ist.[9]) Für eingetragene Vereine würde sich das gleiche Resultat

---

[4]) Örtliche Unzuständigkeit macht die gerichtliche Handlung nie unwirksam, ebenso nicht die Mitwirkung eines von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossenen Richters (FGG. §§ 7, 200 II).

[5]) Eine Unterbrechung des Prozesses findet nicht statt. Die Situation ist ebenso zu beurteilen, wie wenn die Vormundschaft durch Erreichung der Volljährigkeit erlischt (§ 241).

[6]) So ausdrücklich FGG. §§ 61, 63. [7]) FGG. § 32.

[8]) So auch RG. in JWSchr. 1905 S. 332 Nr. 14. (Daß der Beklagte tatsächlich den Prozeß durch die ihm beigeordneten Anwälte selbst geführt hat, ist für die Entscheidung nicht von Bedeutung.) Vgl. o. § 124[9]. Die Wirkung der Bestellung erlischt nicht von selbst, sondern erst durch Zurücknahme.

[8a]) Die Nachlaßpflegschaft hört erst mit der Aufhebung auf (§ 1919), nicht etwa gemäß § 1818 III von selbst.

[9]) HGB. § 311, G. betr. d. Ges. m. b. H. §§ 75, 77, FGG. § 144. Ehe die Nichtigkeit eingetragen ist, kann sie überhaupt nicht geltend gemacht werden, hier ebensowenig, wie bei der „nichtigen" Ehe. Die Aufhebung der bis dahin vernichtbar bestehenden

schon im Wege der Analogie rechtfertigen lassen. Es ergibt sich auch direkt daraus, daß der Vorstand des Vereins durch die Eintragung in das Vereinsregister „die Fähigkeit oder Befugnis zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder zur Entgegennahme einer Willenserklärung erlangt hat" (FGG. § 32). Nach § 159 FGG. findet nun § 142 FGG. auf die eingetragenen Vereine entsprechende Anwendung. Nach § 142 aber hat die Löschung wegen Unzulässigkeit der Eintragung zu erfolgen. Die Löschung ist Zurücknahme der Eintragungsverfügung.[9a]) — Im Wege der Analogie gelangt man auch bei der Stiftung zu dem Resultat, daß die Rechtshandlungen des Vorstandes nicht dadurch hinfällig werden, daß die vom sachlich zuständigen Staatsorgan erteilte Genehmigung zurückgenommen wird.[10])

c) Handelt es sich um einen gesetzlichen Vertreter, der durch einen Akt der streitigen Gerichtsbarkeit oder auf Grund eines solchen zum Vertreter bestellt worden ist, so findet der § 32 FGG. direkt keine Anwendung. Aber daß auch hier der in ihm enthaltene Grundsatz gilt, ist in zwei Fällen ausgesprochen. So bestimmt § 116 KO., daß nach rechtskräftiger Aufhebung des angefochtenen Eröffnungsbeschlusses die Masseansprüche zu befriedigen bzw. sicherzustellen sind. Also entstehen durch die Verwaltung Masseansprüche, obwohl die Aufhebung erfolgt. Dies ist so zu erklären: Der Eröffnungsbeschluß ist nicht Deklaration der Zahlungsunfähigkeit, sondern ein konstitutiver Rechtsakt (Entziehung der Verwaltung) auf Grund der Annahme, daß jene Konkursvoraussetzung vorhanden sei. Ebenso ist die Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses ein konstitutiver Rechtsakt; sie ist dies deshalb nicht weniger, weil sie, wie jede durchgeführte Anfechtung, rückwirkende Kraft hat. Sie zerstört nicht etwa den Schein, als habe ein Konkursverfahren geschwebt,[11]) sondern sie hebt dieses ex tunc auf.

Aktiengesellschaft tritt an sich mit Wirkung ex tunc ein, aber diese Rückwirkung ist so gut wie ausgeschlossen. Denn sie ist gegenüber den Gläubigern und Schuldnern (nicht nur aus Rechtsgeschäften, die der § 311 II allein nennt) durch § 311 II beseitigt (sie sind natürlich schon vor der Nichtigkeitserklärung Gläubiger und Schuldner und müssen deshalb um so mehr auch schon vorher klagen und verklagt werden können). Die Aktionäre können sich auf die rechtskräftige Nichtigkeitserklärung insoweit, aber auch nur insoweit, berufen, als es der § 311 III gestattet. — Die Bedeutung des § 311 ist sehr bestritten. Vgl. außer den Kommentaren z. HGB. und den Lehrbüchern des Handelsrechts auch Langheineken, Urteilsanspruch 105, Kisch, Beiträge zur Urteilslehre 39 f. („nur tatsächliches Gebilde"), RG. 54 S. 420 („Feststellung" der Nichtigkeit in einer alle Beteiligten bindenden Weise).

[9a]) Richtig Gareis zu § 68 BGB., a. M. Planck zu § 21, Hölder zu § 21, Josef, ZZP. 30 126.

[10]) Eine andere Frage ist, ob die Gläubiger Befriedigung erlangen. Das im Texte Gesagte bleibt auch dann bestehen, wenn die Widmung des Stiftungsvermögens (z. B. wegen Geisteskrankheit des Stifters) nichtig ist oder wenn die Zuwendung von den Gläubigern des Stifters angefochten wird (KO. § 32, AG. § 3 Nr. 3), so daß bei der Liquidation für die Gläubiger der Stiftung nur das übrig bleibt, was die Stiftung in anderer Weise als vom Stifter erworben hat.

[11]) Das ist die vielfach verbreitete Auffassung, welche Deklaration und Rechtsgestaltung mit Rückwirkung nicht auseinander hält. So in Beziehung auf KO. § 116 Fitting, Konkursr. (3) § 35 bei Note 39 („die Folgen erweisen sich rückwärts als

Aber trotzdem bleibt die Wirkung der Rechtshandlungen des Verwalters bestehen; vor ihr macht die Rückwirkung Halt. Das ist der Grundgedanke der in § 116 KO. enthaltenen Verweisung auf § 191.[12])

Besonders klar tritt dieses Prinzip ferner in BGB. § 115 zutage. Daß die von dem Entmündigten vorgenommenen Rechtshandlungen auf Grund der erfolgreich durchgeführten Anfechtung nicht in Frage gestellt werden können, ist die Konsequenz der rückwirkenden Kraft der Vernichtung. Daß die Rechtshandlungen des bestellten Vormundes fortwirken, ist die uns hier beschäftigende Beschränkung der Rückwirkung.

Dieses Prinzip gilt auch in allen anderen Fällen, wo im Wege der streitigen Gerichtsbarkeit ein gesetzlicher Vertreter bestellt ist, so z. B. in allen Fällen der Zwangsverwaltung,[13]) nicht minder aber,

d) wenn es sich um die gesetzliche Vertretung durch eine Behörde handelt und die sie repräsentierenden Beamten das Amt erhalten haben, obwohl bei ihnen eine (absolute) gesetzliche Voraussetzung fehlt.

Zu 2 (S. 381). Die Fähigkeit des berufenen gesetzlichen Vertreters zur Prozeßführung bestimmt sich ebenfalls prinzipiell nach „bürgerlichem" Rechte. Die Prozeßfähigkeit verlangt § 79 ZPO. für den Bevollmächtigten. Für den gesetzlichen Vertreter, der nach bürgerlichem Rechte zu beurteilen ist, geht aus BGB. §§ 164,5 generell nur so viel hervor, daß er zur Vertretung unfähig ist, wenn er geschäftsunfähig ist. Dagegen berührt die bloße Beschränkung seiner Geschäftsfähigkeit die Gültigkeit der von ihm und gegen ihn vorgenommenen Rechtshandlungen prinzipiell nicht. Damit harmoniert es, daß § 241 ZPO. als Grund für die Unterbrechung des Prozesses nicht etwa die Prozeßunfähigkeit des gesetzlichen Vertreters, sondern den Verlust der Vertretungsbefugnis anführt.

Hiernach ist im einzelnen Falle auf die Vorschriften zurückzugehen, die für die fragliche Art von gesetzlichen Vertretern gelten. Die Bestellung des Vormundes oder Pflegers ist z. B. nichtig,[14]) wenn er geschäftsunfähig oder entmündigt ist (BGB. § 1780); sein Amt endigt mit der Rechtskraft eines Entmündigungsbeschlusses (§ 1885), während der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit nur die Vertretungsbefugnis so lange aufhebt, als sie dauert.

---

nicht eingetreten"). Vgl. dagegen Hellwig, Anspr. u. Klagr. § 59, Lehrb. 1 § 9 II 3, DJZ. 1904 S. 835.

[12]) Richtig im Ergebnis schon RG. 36 S. 94 (wo aber mit Unrecht die Entscheidung damit motiviert wird, daß die Aufhebung den Eröffnungsbeschluß nicht vernichte, sondern das Verfahren beende), richtig auch Wolff, Komm. zu § 116, Kohler, Leitfaden des KR. 233, Jäger, Anm. 5 zu § 109 KO.

[13]) Für die Allgemeingültigkeit des Prinzipes (daß die Rückwirkung der Aufhebung eines konstitutiven Staatsaktes die Rechtswirkungen, die auf Grund desselben in der Zwischenzeit entstanden sind, nicht beseitigt) lassen sich weiter anführen: ZPO. §§ 836 II, 1018 II, BGB. § 1348 II, 2. Vgl. die von mir in DJZ. 1904 S. 834 gegebene summarische Begründung.

[14]) FGG. § 32 (v. unter 1) kommt für diese Fragen nicht in Betracht.

Dagegen wird die Wirksamkeit der Handlungen des Vormundes nicht dadurch aufgehoben, daß er in eigenen Angelegenheiten oder als Bevollmächtigter aus den in § 1781 Nr. 1, 2 bezeichneten Gründen der Prozeßfähigkeit entbehren würde.[15]) Anders ist die Regelung bei der elterlichen Gewalt (§§ 1676, 1686) und bei dem Testamentsvollstrecker (§ 2201).

Bei juristischen Personen ist, falls die Verfassung nichts anderes darüber bestimmt, die bloße Beschränkung der Geschäftsfähigkeit der Organe ohne Einfluß auf ihre Vertretungsbefugnis.[16])

Zu 3 (S. 381). Vertretungsmacht für den konkreten Rechtsstreit.[17])

a) Nach „bürgerlichem" Rechte bestimmt sich, wer sie hat und wie sie bei Mehrheit der gesetzlichen Vertreter auszuüben ist (Einzelvertretung, Gesamtvertretung, Mehrheitsbeschlüsse). Haben die mehreren gesetzlichen Vertreter nur die Befugnis zur Gesamtvertretung, so ist die von ihnen vorzunehmende Handlung (z. B. Bevollmächtigung) erst dann vorhanden, wenn übereinstimmend dasselbe getan ist; bei mündlicher Verhandlung ist sämtlichen Vertretern nacheinander das Wort zu geben. Widersprechendes Verhalten bewirkt, daß weder die Handlung des einen, noch die des andern als legitimierte Vertreterhandlung angesehen werden kann. So ist nicht gestanden (im Sinne des § 288), wenn nur der eine gesteht, der andere bestreitet; aber auch die Bestreitung ist nicht wirksam vorgenommen, so daß also § 138 II anzuwenden ist. Stets genügt auch bei Gesamtvertretung die Zustellung an einen der mehreren Vertreter (§ 171 III). — Haben aber die mehreren Vertreter die Befugnis, für sich allein zu handeln, so entscheidet die zuerst vorgenommene Handlung, wenn dadurch eine definitive Rechtswirkung herbeigeführt ist (z. B. durch Verzicht, Klagzurücknahme). Kann die Wirkung der Prozeßhandlung aufgehoben werden, so ist die des zuletzt handelnden Vertreters maßgebend.[17a]) — Nach „bürgerlichem" Rechte (bei juristischen Personen nach ihrer Verfassung) beurteilt sich auch, ob der gesetzliche Vertreter einer besonderen Ermächtigung zur Führung des Prozesses (sog. Streitkonsenses) bedarf.[18])

---

[15]) Das wird vielfach übersehen. Der Satz, daß der gesetzliche Vertreter prozeßfähig sein müsse (so z. B. Wach I 567, aber auch noch Gaupp-Stein, Erl. IV zu § 51), ist in dieser Allgemeinheit für das heutige Recht jedenfalls nicht zutreffend.

[16]) Entziehung oder Beschränkung der Befugnis zur Verwaltung (s. o. § 115 I) des eigenen Vermögens ist überhaupt ohne Einfluß. Vgl. z. B. BGB. § 1781 Nr. 3, § 1886 (Grund zur Entlassung).

[17]) Nicht um diese handelt es sich, wenn der Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins geklagt hat. Hier handelt es sich um die Parteifähigkeit der vertretenen Partei. Verneint man sie, so ist die Klage als unzulässig abzuweisen, nicht ist Prozeßabweisung auszusprechen. Die Kosten könnten dem Vorstand nur nach § 102 aufgebürdet werden, nicht aus dem unten S. 390f. zu erörternden Grunde.

[17a]) Richtig Wach I 580, a. M. Gaupp-Stein, Erl. II, Skonietzki-Gelpcke, Erl. 2 zu § 84.

[18]) § 51. Beispiele: HGB. §§ 247 I, 328. Häufiger sind sie im öffentlichen Recht, vgl. die Zusammenstellung bei Skonietzki-Gelpcke, Erl. 3 zu § 51. — Die auf ein-

Die ZPO. selbst gibt die Vorschrift, daß der gesetzliche Vertreter eines geschäfts*unfähigen* Ehegatten diesen zwar im allgemeinen in Ehesachen zu vertreten hat, aber zur Erhebung der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens nicht befugt ist und daß er zur Erhebung der Scheidungsklage und Anfechtungsklage der Genehmigung (richtiger: Ermächtigung) des Vormundschaftsgerichts bedarf.[19]) Der in der Geschäftsfähigkeit *beschränkte* Ehegatte ist in Ehesachen in der Regel prozeßfähig (§ 612); insoweit fehlt dem gesetzlichen Vertreter die Vertretungsmacht.[20]) Eine Ausnahme gilt, wenn das Anfechtungsrecht aus dem Mangel der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (BGB. § 1331) entspringt. Hier *steht* es zwar ebenfalls dem Ehegatten *zu*, aber er kann es nicht selbst *ausüben* (BGB. § 1336 II, 2). Wegen dieser materiellen Rechtslage gibt ZPO. § 612 I, 2 die Vorschrift, daß dem in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Ehegatten für die auf § 1331 zu stützende Anfechtungsklage auch die *Prozeß*fähigkeit fehlt;[21]) nur der (jeweilige) gesetzliche Vertreter kann also eine solche Anfechtungsklage im Namen des von ihm vertretenen Ehegatten erheben.[22])

b) Eine *wichtige allgemeine Bestimmung* gibt ZPO. § 54. Bedarf der gesetzliche Vertreter des Streitkonsenses *im allgemeinen* nicht oder ist dieser im allgemeinen erteilt, so hat der Vertreter die *Vertretungs*macht für alle *Prozeß*handlungen, mag auch das „bürgerliche“ Recht (einschließlich statutarischer Bestimmungen) für *einzelne* Prozeßhandlungen

---

zelne Prozeßhandlungen beschränkte *Ermächtigung* ist unwirksam. — KO. § 133 Nr. 2 hat nur Bedeutung für die Haftbarkeit des Konkursverwalters, arg. § 136. — Ist auf Grund der erforderlichen Ermächtigung die Rechtshängigkeit eingetreten, so nimmt der Widerruf dem Vertreter zwar die Vertretungsbefugnis (§ 241), hindert aber nicht die Fortsetzung des Prozesses. — Von der für den *Vertreter* notwendigen Ermächtigung ist wohl zu scheiden die Zustimmung, die für die von ihm vertretene *Partei* notwendig ist, um dieser das von dem Vertreter in ihrem Namen auszuübende Prozeßführungsrecht (die Sachlegitimation des gewöhnlichen Sprachgebrauchs) zu verschaffen (vgl. o. § 115). Klagt z. B. der Vormund der minderjährigen *Ehefrau* entgegen dem § 1400 II BGB., so erfolgt nicht Prozeßabweisung wegen Mangels der Vertretungsmacht, sondern Abweisung der wegen Mangels des Prozeßführungsrechts (der *Ehefrau*) unzulässigen Klage.

19) § 612 II. Was von der Klage gilt, gilt auch von der Widerklage.

20) Bezüglich der Anfechtungsklagen folgt dies daraus, daß das *Anfechtungsrecht* dem beschränkt geschäftsfähigen Ehegatten höchstpersönlich zusteht (BGB. § 1336 I). Die Erhebung der Anfechtungsklage ist aber Ausübung des Anfechtungsrechts (§ 1341). Deshalb fehlt dem Vormund des Minderjährigen nicht *nur* die Vertretungsmacht, sondern seine Klage würde auch materiell unbegründet sein, da er nicht im Namen des Ehegatten anfechten kann. Seine Klage ist aber natürlich aus dem *ersten* Grunde, also durch Prozeßabweisung, zu erledigen.

21) Das in Note 20 Gesagte gilt hier in umgekehrter Weise. A. M. Seuffert, Erl. 2 zu § 612.

22) Vgl. Hellwig, Stellung des Arztes usw. 75 f. gegen Planck, Erl. 2 zu § 1317, Schmidt Habicht, Erl. 3 zu § 1331, Erler, Ehescheidungsrecht (2) 41, Knitschky, Ziv. Arch. 90 347 f. — Die Erhebung einer Widerklage ist in solchem Anfechtungsprozeß unzulässig, weil der gesetzliche Vertreter nicht die Vertretungsmacht hat, die nötig wäre, um die Widerklage *ihm* gegenüber zu erheben (a. M. Gaupp-Stein, Erl. II Abs. 2 a. E. zu § 612). Ebenso ist Klagerweiterung (§ 614) nicht möglich. Das alles ist von Bedeutung für § 616.

eine besondere Ermächtigung fordern[23]) oder mag eine solche bei der Erteilung der allgemeinen Ermächtigung vorbehalten[24]) sein.

Hiermit wird das Prinzip der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht, wie es in § 83 für die Vollmacht anerkannt ist, auch für die gesetzliche Vertretungsmacht ausgesprochen, und zwar ohne jede Einschränkung. Die ZPO. hebt jene einschränkenden Bestimmungen nicht auf, aber sie beschränkt ihre Wirkung auf das interne Verhältnis.

Diese Vorschrift (§ 54) bezieht sich nur auf Prozeßhandlungen, auf sie aber ohne Unterschied; also auch auf diejenigen, welche die Ausübung eines zivilen Gestaltungsrechts (Einrederecht, Recht der Aufrechnung, des Widerrufs, der Anfechtung usw.) enthalten, insofern also auch eine zivilistische Wirkung herbeiführen.[25]) Sehr streitig ist die Bedeutung des § 54 für Klaganerkenntnis und Klagverzicht, sowie für den Prozeßvergleich.

α) Klaganerkenntnis und Klagverzicht sind reine Prozeßhandlungen. Sie enthalten die gegenüber dem Gericht abgegebene Erklärung, daß die zur Aburteilung gestellte Rechtsbehauptung (der „Anspruch") richtig (Klaganerkenntnis) oder unbegründet sei (Klagverzicht).[26]) Sie dienen der Fortführung des Prozesses und der Beschaffung der Urteilsgrundlage. Sie erledigen nur das Streiten der Parteien über den Anspruch, indem sie das Gericht der Prüfung überheben, ob die als richtig anerkannte Rechtsbehauptung richtig sei,[27]) sie erledigen aber nicht den Prozeß, sondern dies geschieht erst durch das Urteil (§§ 306/7) oder dadurch, daß der Gegner des Anerkennenden sich mit dem Anerkenntnis zufrieden gibt und auf das Urteil verzichtet.[28]) Sonach haben auch jene Anerkenntnisse des gesetzlichen Vertreters ausnahmslos die ihnen nach ihrem Inhalt zukommende Kraft und prozessuale Wirkung. So kann zwar der väterliche Gewalthaber nicht auf den Pflichtteil seines Kindes verzichten (BGB. § 1643 II), wohl aber ist seine Anerkennung, daß die Klage auf den Pflichtteil von vornherein unbegründet gewesen oder es geworden sei, vollwirksam. Der Vormund kann ohne obervormundschaftliche Genehmigung

---

[23]) Zusammenstellung solcher Vorschriften s. bei Skonietzki-Gelpcke, Erl. 1 zu § 54.

[24]) Einen solchen Vorbehalt will nur Wach I 592 III in den Grenzen des § 83 I und nach Analogie dieses Paragraphen zulassen. Vgl. u. Note 29.

[25]) Vgl. o. Bd. 1 § 35 bei Note 15f.

[26]) Auch die Erklärung des § 306 ist trotz des irreführenden Namens „Klagverzicht" deklarativ: die Erklärung spricht aus, daß die Klage unbegründet sei; nicht etwa macht sie die Klage unbegründet. Klagverzicht ist nicht zugleich ziviles Rechtsgeschäft. Man denke nur nicht ausschließlich an Prozesse über Forderungen. Kann der Beklagte dadurch, daß er die auf Feststellung des Erbrechts oder Eigentums gerichtete Klage als unbegründet anerkennt, in Beziehung auf die streitigen Rechtsverhältnisse eine Änderung herbeiführen? Hört der Kläger etwa auf, Erbe zu sein, wenn er zugesteht, daß seine Klage unbegründet ist?

[27]) Nur dies meint § 83 mit der „Beseitigung des Rechtsstreites".

[28]) Ausdrücklich oder stillschweigend (namentlich dadurch, daß er bei teilweisem Anerkenntnis ein Urteil nur bezüglich des streitig gebliebenen Teils beantragt).

keinen Miet- oder Pacht- oder Darlehensvertrag abschließen (§ 1822) und nicht über Grundstücke verfügen (§ 1821); wohl aber kann er die Klage, die die Folgen eines solchen Vertrags oder ein Recht an einem Grundstück als bestehend geltend macht, wirksam als begründet anerkennen, und das Gericht hat nicht etwa, um ein Anerkenntnisurteil fällen zu können, erst den Nachweis der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu verlangen.[29])

β) Der Prozeßvergleich ist Prozeßhandlung nur insofern, als in ihm die Vereinbarung liegt, daß der Rechtsstreit ohne Urteil beendigt sein soll; dagegen ist er es insoweit nicht, als eine Regelung des streitigen Rechtsverhältnisses vereinbart wird. Die letztere Vereinbarung ist ziviles Rechtsgeschäft; dieses ist mit jenem prozessualen Vertrag nicht identisch, sondern wird „zum Zwecke der Beilegung des Rechtsstreits" (§ 794 Nr. 1) geschlossen. Nun steht dem Vertreter des Klägers die (einseitige) Klagzurücknahme, dem Vertreter des Beklagten die (einseitige) Zustimmung zu ihr unbedingt frei (*α*). Daraus folgt schon, daß sie auch die Vereinbarung der Prozeßbeendigung gültig treffen können, sowohl aus anderen Gründen[30]) als auch auf Grund eines Vergleichs. — Eine andere Frage ist, ob der materiellrechtliche Vergleich wirksam ist. Für diese Frage ist § 54 ohne jede Bedeutung. Sie beantwortet sich ausschließlich nach „bürgerlichem" Recht. Schließt also der Vormund in einer vermögensrechtlichen Streitigkeit mit einem 300 Mark übersteigenden Wert einen Vergleich zum Zweck der Beendigung des Prozesses, so tritt letztere zwar ein, aber der Vergleich ist zivilrechtlich nur bindend, wenn die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erteilt war oder nachfolgt.[31]) Ein Zweifel an der Richtigkeit dieser Trennung der in dem Prozeßvergleich enthaltenen zwei Vereinbarungen wäre nur dann möglich, wenn sie in so untrennbarem Zusammenhange ständen, daß die Gültigkeit des zivilen Rechtsgeschäfts Be-

---

[29]) Wie dies nach § 56 nötig wäre, wenn die Vertretungsmacht des Vormunds bezüglich des Anerkenntnisses und Verzichtes fehlen könnte. — Der Grund dafür, daß diese beim Bevollmächtigten aus seinen Befugnissen herausgenommen werden können (§ 83 I), kann nur darin gefunden werden, daß hinter und über dem Bevollmächtigten der Vollmachtgeber steht, der vorkommendenfalls befragt werden kann, ob er mit der Abgabe jener Anerkennungserklärungen einverstanden ist. Anders ist es beim gesetzlichen Vertreter. Die rasche Prozeßerledigung würde zum Schaden seiner Partei und des Gegners sehr erschwert sein, wenn er bei jedem solchen Akte erst das Vormundschaftsgericht usw. angehen müßte. — Über abweichende Ansichten s. Note 33.

[30]) Etwa auf Grund eines während des Prozesses geschlossenen Schiedsvertrags, auf Grund einer Stundung, oder lediglich deshalb, weil die Austragung des Streites hinausgeschoben werden soll.

[31]) BGB. §§ 1822 Nr. 12, 1829. Dasselbe gilt bei allen Pflegern (§ 1915), nicht aber beim väterlichen Gewalthaber (§ 1643 I), wohl aber bei der Mutter im Falle des § 1687 (1690). Vgl. ferner HGB. §§ 205, 270, 320 III. Zulässig ist Ausschluß der Legitimation zum Vergleich durch die Verfassung der juristischen Person (BGB. §§ 26 II, 86). — Ist der gesetzliche Vertreter nicht zum Vergleich legitimiert, so ist es von selbst auch nicht der Anwalt, den er bevollmächtigt hat (RG. **19** S. 369).

dingung für die Wirksamkeit der Vereinbarung der Prozeßbeendigung wäre. Diese Auffassung ist aber abzulehnen.[32] [33])

II. Heilung des Mangels der Vertretungsmacht ist jederzeit möglich und hat rückwirkende Kraft.[34]) Sie geschieht dadurch, daß die bisherige Prozeßführung genehmigt wird, sei es durch den wahren gesetzlichen Vertreter,[35]) sei es durch die Gesamtvertreter, wenn einer von ihnen die Klage erhoben hat, sei es durch die (prozeßfähige) Partei selbst, sei es durch die Behörde, die nachträglich die erforderliche besondere Ermächtigung erteilt.[36])

Die Genehmigung geschieht durch ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, die erst wirksam ist, wenn sie an ihre Adresse gelangt ist. Diese ist das Prozeßgericht oder der Gegner. Soweit eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts in Frage kommt, ist nötig 1. Erklärung gegenüber dem Vormund (Pfleger), 2. Mitteilung derselben durch den Vormund an das Prozeßgericht oder den Gegner.[37]) Hier ist es sicher, daß die lediglich an den Vertreter gerichtete Genehmigungserklärung nach außen (also für den Prozeß) noch keine Wirkung hat. Dasselbe ist aber zu behaupten bei einer Erklärung, die eine Behörde an ihren Beamten richtet, der ohne Vertretungsmacht oder unter Überschreitung derselben gehandelt hat, ebenso bei

---

[32]) Sie wird vertreten vom RG. in JWSchr. 05 S. 533 Nr. 16 (IV. S.), aber mit Recht zurückgewiesen vom RG. in JWSchr. 95 S. 359 Nr. 4 (II. S.) und besonders JWSchr. 05 S. 535 Nr. 21 (VII. S.). Der § 139 BGB. ist nicht anwendbar.

[33]) Die Ansichten sind geteilt. a) Manche meinen, der gesetzliche Vertreter sei schlechthin zu Vergleich, Verzicht und Anerkenntnis legitimiert, obwohl alle diese Prozeßhandlungen auch materiellrechtliche Wirkung hätten, so Wach I 576, 592, Schmidt 287, Weismann I § 24 III 2, die Kommentare zu § 54 (mit Ausnahme von Skonietzki-Gelpcke, Erl. 1 zu § 54), Kretschmar, Vergleich 75, 84, Paul, Vergleich 19 f., Wolff, Arch f. ziv. Prax. 87 187 f. — b) Andere verneinen die Legitimation für alle drei Arten von Rechtshandlungen, da sie zivile Rechtsgeschäfte und keine Prozeßhandlungen seien, so Planck I 223[13], Fitting § 24[15], Küntzel bei Gruchot 25 327, Eccius, das. 30 465 und Pr. PrivR. 1 §§ 103[6], 232[23], Jünger, Befugnis des Prozeßbevollm. (1890). — c) Unsere Ansicht, daß der materielle Vergleich nicht unter § 54 ZPO. fällt, vertritt RG. 19 S. 362 f. (II. S.) u. 56 S. 333 f. (VII. S.) und OLG. Dresden in Sächs. Arch. 8 97 u. in Seuff. Arch. 59 S. 170 (vgl. auch RG. in JWSchr. 05 S. 533 Nr. 16, S. 535 Nr. 21). Das RG. geht m. E. darin zu weit, daß es dem Prozeßvergleich überhaupt die Eigenschaft als Prozeßhandlung abspricht. Er fällt unter § 54 ZPO., jedoch nur so weit, als er Prozeßhandlung ist. Richtige Konsequenzen in Beziehung auf die materielle Natur des Prozeßvergleichs zieht Dronke, ZZP. 30 21 f.

[34]) Arg. § 551 Nr. 5, § 579 Nr. 4.

[35]) Der falsus tutor usw. kann dadurch nicht die Vertretungsmacht für die Zukunft erhalten. Der verus tutor muß nun die weitere Prozeßführung übernehmen. Anders, wenn der Vertreter selbst nachträglich die Vertretungsmacht erhält und seine bisherige Prozeßführung genehmigt. — Ist die Klage gegen die Konkursmasse erhoben und dem A, der nicht mehr der Konkursverwalter ist, zugestellt, so kann der verus curator B in dem Termin erscheinen und auch gegen den Willen des Klägers verhandeln. Damit genehmigt er die gegen die Masse geschehene Klagerhebung, nicht aber führt er eine neue Partei in den Prozeß ein, wie die Theorie, die den Verwalter als Partei ansieht, annehmen müßte, wenn sie konsequent sein wollte.

[36]) Diese wirkt auch für die Zukunft.

[37]) BGB. §§ 1828, 1829 I, 2, 1831, 1915 u. 1963 (Pfleger), 1643 (Gewalthaber). Über das Verhältnis der Erklärungen an Gericht oder Gegner s. u. § 128 II, 2.

dem Beschluß einer Mitgliederversammlung hinsichtlich dessen, was das Organ der juristischen Person getan hat, usw.[38]

Über die Wirkung und Teilbarkeit der Genehmigung gilt das o. § 118 VI, 3 Ausgeführte.

III. **Bedeutung der Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters.**

Die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters (legitimatio ad processum) ist absolutes Erfordernis für die Wirksamkeit seiner Prozeßführung.

1. **Mangel der Vertretungsmacht beim Prozeßbeginn.**

a) Fehlt sie dem Vertreter, der **die Klage erhoben** hat, oder demjenigen, dem sie als Vertreter des Beklagten zugestellt ist, so fehlt eine absolute Prozeßvoraussetzung. Deswegen muß ebenso wie in den oben § 118 II besprochenen Fällen durch Endurteil die Prozeßabweisung ausgesprochen werden, sobald der Mangel der Legitimation definitiv feststeht,[39]) und zwar von Amts wegen[40]) und, wenn es nicht rechtzeitig geschah, auch noch in den höheren Instanzen.[41]) Rüge des Mangels ist Negation, nicht Einrede; der Nachweis[41a]) liegt der Partei ob, deren Antrag die Legitimation des Vertreters zur Voraussetzung hat, also dem Kläger auch hinsichtlich der Legitimation des Vertreters des Beklagten, wenn diesem Vertreter die Klage zugestellt ist. Die Behauptung des Vertreters des Beklagten, daß auf seiner Seite oder auf der Klagseite die Legitimation fehle, befreit in gewissen Fällen und unter gewissen Voraussetzungen einstweilen von der Einlassung zur Hauptsache und hindert in diesem Sinne den Prozeß (seinen Fortgang).[42])

Um die Prozeßabweisung zu erreichen, darf sich die Partei durch ihren wahren gesetzlichen Vertreter an dem Verfahren beteiligen.[43])

Reicht der gesetzliche Vertreter die Klagschrift zur Terminsbestimmung

---

[38]) Die gleichen Fragen kehren bei den Bevollmächtigten wieder, vgl. u. S. 428 f.

[39]) Das Urteil ergeht mit Beziehung auf den Vertreter, dessen Legitimation verneint wird, und gerade wegen dieses Mangels. Er darf deshalb hier (im Gegensatz zu den Fällen unter 2) nicht zuvor durch Beschluß zurückgewiesen werden. Das Urteil ist dem Vertreter zuzustellen (anders im Falle der Note 56). — Bis zur Rechtskraft des prozeßabweisenden Urteils entspringt aus der Anhängigkeit des Prozesses die Einrede der Rechtshängigkeit. Vgl. o. § 68 III.

[40]) Bezüglich der Prüfungspflicht des Gerichts wird auf das o. § 118 VIII Gesagte hingewiesen. Von dem Anwalt, der als Bevollmächtigter des gesetzlichen Vertreters auftritt, hat das Gericht den Nachweis der Legitimation des **letzteren** auch dann zu verlangen, wenn die **Vollmachts**erteilung nicht von Amts wegen zu prüfen ist (§ 88). Vgl. u. § 128.

[41]) Vgl. o. S. 337 und über die Nichtigkeitsklage (§ 579 Nr. 4) o. S. 338 V.

[41a]) Im Gegensatz zu § 80 (s. u. § 128 II, 2) ist eine bestimmte Form des Nachweises nicht vorgeschrieben.

[42]) Vgl. über diese „prozeßhindernde Einrede“ und über die „Berücksichtigung von Amts wegen“ o. S. 343.

[43]) Vgl. o. S. 342[44]. Dadurch kann ein Streit zwischen dem legitimierten Vertreter und dem falsus tutor entstehen, namentlich, wenn ersterer den Antrag stellt, den falsus tutor in die Prozeßkosten zu verurteilen (b). Vgl. auch Note 51 und u. S. 423[7].

ein, so hat er vor dem Amtsgericht alsbald seine Legitimation nachzuweisen; er stellt damit bereits einen Antrag, der nicht für ihn, sondern für die von ihm als vertreten bezeichnete Partei Rechtswirkungen erzeugen soll.[44]) Dies gilt um so notwendiger, als man sonst dem Beklagten, falls er gegen die säumige Klagseite ein Versäumnisurteil beantragt, die Last aufbürdet, den Beweis zu erbringen, daß der Vertreter des Klägers Vertretungsmacht hat.

Im Anwaltsprozeß hat der klägerische Anwalt zwar nicht seine Bevollmächtigung, aber doch die Legitimation des ihm die Vollmacht erteilenden gesetzlichen Vertreters schon bei der Einreichung der Klagschrift nachzuweisen.

Hat der Amtsrichter bzw. der Vorsitzende die Legitimation als erbracht angesehen, so ist damit der auf Grund der mündlichen Verhandlung zu fällenden Entscheidung nicht präjudiziert.

b) Bei Prozeßabweisung hat „die unterliegende Partei" die Prozeßkosten zu tragen (§ 91). Für den Fall, daß die Klage von einem nicht legitimierten Vertreter erhoben ist, ist es streitig, ob der Kläger in die Kosten zu verurteilen ist und es ihm überlassen bleiben muß, gegen den nicht legitimierten Vertreter Regreß zu nehmen,[45]) oder ob der nicht legitimierte Vertreter des Klägers hinsichtlich der Kostenpflicht als Partei zu behandeln und ohne Rücksicht auf Verschulden in die Kosten des Verfahrens zu verurteilen ist.[46])

Die zweite Ansicht ist die richtige. Sie findet ihre Begründung in dem Wesen der Stellvertretung. Der Vertreter ist Subjekt der Rechtshandlung; er **will** den Vertretenen zum Subjekt der Rechtswirkungen machen, macht ihn aber nur dann dazu, wenn er Vertretungsmacht hat.

---

[44]) Über die Terminsfestsetzung als Zulassung der Klage vgl. o. § 64. Eine Folge der bloßen Terminsfestsetzung ist die Gebührenpflicht des § 46 GKG. und die Gebührenvorschußpflicht des § 81 GKG.; vgl. §§ 89, 94 Nr. 1. — Die gleichen Fragen entstehen beim Auftreten von angeblichen Bevollmächtigten. Vgl. u. § 129 I.

[45]) So Planck I 238, II 91, Just, ziv. Archiv. 68 326, Hellmann, ZZP. 27 283 f., Petersen, Erl. 13, Gaupp-Stein, Note 23 zu § 56 u. a. — Hätte das Gericht in diesem Sinne entschieden, so würde der Kläger (sein legitimierter Vertreter) dagegen die Berufung haben, nicht die Beschwerde. Denn das Urteil (zugunsten des Beklagten) soll abgeändert werden.

[46]) So Wach I 604, Seuffert, Erl. 1 c α zu § 56 (3 a zu § 89), Struckmann-Koch, Erl. 1 zu § 56 (Erl. 4 zu § 89), Ulbricht, Arch. f. ziv. Pr. 68 69 f., Pfizer, ZZP. 13 176, Friedländer, Arch. f. ziv. Pr. 85 332 f., Kammergericht in Rechtspr. der OLG. 9 55, Höpfner, Vertretung ohne Vertretungsmacht im Proz. (Diss. 1899) 59 f. — Hupka, Haftung des Vertreters (1903) 129 f., bes. 135 und ihm folgend Skonietzki-Gelpcke, Erl. 10 zu § 89 wollen den § 179 BGB. auf die Prozeßführung entsprechend anwenden (also keine Haftung dessen, der zwar Vertretungsmacht gehabt habe, aber nicht imstande gewesen sei, sie nachzuweisen, auch nicht dessen, der offen als Geschäftsführer ohne Auftrag auftrat). Das ist eine unzulässige und unbefriedigende Übertragung zivilistischer Grundsätze. Ob ich mich auf ein Rechtsgeschäft mit dem negotiorum gestor einlassen will, steht mir frei. Der Prozeß wird mir aufgezwungen. — Der vom angeblichen gesetzlichen Vertreter bestellte Anwalt kann höchstens auf Grund des § 102 (akzessorisch) in die Kosten verurteilt werden. So auch RG. 53 S. 65 f. in Beziehung auf den analogen Fall, daß ein von einem Prozeßunfähigen bestellter Anwalt prozessiert hat. Diese Entscheidung kann nicht gegen die im Text bezeichnete Ansicht verwertet werden.

Fehlt sie ihm, so treffen die Wirkungen seiner Handlung ihn selbst. Das ist hier die Pflicht, beim Unterliegen dem Staat seine Gebühren zu zahlen und dem Gegner die Unkosten zu ersetzen. Diese Pflicht entspringt unmittelbar aus der Prozeßführung, die der nicht legitimierte Vertreter vorgenommen hat.[47])

Die Gegner berufen sich auf den Wortlaut des § 91, nach dem die unterliegende Partei in die Kosten zu verurteilen sei, und auf das aus § 89 zu entnehmende argumentum e contrario. Allein der § 89 betrifft nur die durch die einstweilige Zulassung (also in der Zeit nach ihr) entstandenen besonderen Kosten und Schäden und ist zugunsten des Gegners auch dann anwendbar, wenn dieser nicht siegt. Hier aber handelt es sich um die Kosten des ganzen Prozesses und um eine wesentlich verschiedene Situation. Diese Kosten können dem als Kläger Bezeichneten nicht auferlegt werden, da er nicht geklagt hat und von dem falsus tutor usw. nicht in Rechtsfolgen verstrickt werden kann, die an sein Handeln oder an das seiner dazu befugten Vertreter geknüpft sind. Die bekämpfte Ansicht ist auch aus einem formellen Gesichtspunkte unmöglich. Würde doch eine Person verurteilt, die keine Gelegenheit gehabt hätte, ihr Interesse zu wahren. Also Verurteilung ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs![48])

Die nach unserer Ansicht auszusprechende Prozeßabweisung ist Abweisung des Prozesses, der, wie sich nun herausgestellt hat, von dem nicht Legitimierten auf den Namen der von ihm vertretenen Partei unwirksam anhängig gemacht ist. Sie geschieht durch Endurteil. Bezüglich der Form seiner Anfechtung ist zu unterscheiden.

α) Soll geltend gemacht werden, daß die Legitimation des Vertreters mit Unrecht verneint sei, daß also bezüglich der Hauptsache und der Kosten eine andere Entscheidung gefällt werden müsse, so hat der Vertreter als

---

[47]) Der im Texte zur Begründung benutzte Grundsatz liegt auch dem bürgerlichen Recht zugrunde. Er kommt hier in entsprechend geänderter Gestalt zum Ausdrucke in §§ 179, 180 [2] BGB. (die Folgen des Rechtsgeschäfts treffen den Vertreter), hier jedoch mit der Besonderheit, daß der andere Teil getäuscht sein muß und daß er statt der Erfüllung Schadensersatz fordern kann (weil der erste Weg vielfach nicht praktikabel ist). Unser Satz ist das prozessuale Seitenstück des § 179, nicht etwa dessen entsprechende Anwendung, die Hupka (Note 46) versucht, ohne zu beachten, daß die Tatbestände wesentlich verschieden sind. — Eine Pflicht zum Schadensersatz trifft den falsus tutor und den procurator, bei dem die Frage wiederkehrt, gegenüber dem Gegner in der Regel nur nach Maßgabe des § 826 BGB. Eine Ausnahme macht das Gesetz (§ 89) nur bei dem falsus procurator und nur unter der im Texte bezeichneten besonderen Voraussetzung, vgl. auch u. § 129 II. Gegenüber der Partei, deren Vertretung er sich anmaßte, haftet der falsus tutor nach den Grundsätzen über Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 f.).

[48]) Für die hier vertretene Ansicht spricht die Behandlung der Fälle, in denen ein angeblicher Vertreter einer nicht existierenden Partei geklagt hat. Hier ist es zweifellos, daß der Vertreter in die Prozeßkosten verurteilt werden muß. Vgl. o. § 112 (bei Note 10 und 37) und RG. 35 S. 364. Damit widerlegt sich schon der von Gaupp-Stein, Erl. IV A zu § 56 geltend gemachte prinzipielle Gesichtspunkt, daß es „unmöglich" sei, den Vertreter, „der gar nicht Partei sei", in die Kosten zu verurteilen.

solcher die Berufung einzulegen.[49]) Dies kann auch durch einen neuen gesetzlichen Vertreter geschehen und auch durch die Partei selbst, wenn sie inzwischen prozeßfähig geworden ist.

β) Will der Vertreter nur die ihn verurteilende Kostenentscheidung anfechten, indem er der (unrichtigen) Ansicht ist, daß trotz des Mangels der Legitimation der Kläger in die Kosten verurteilt werden müsse, so hat er suo nomine die Berufung einzulegen.[49a]) Er will Änderung des Urteils: seine eigene den prinzipalen Inhalt des Urteils darstellende Verurteilung soll aufgehoben werden; dem Beklagten sollen die aus jener erwachsenden Rechte genommen werden.[50]) Allerdings müßte die Gewährung dieses Antrags dazu führen, daß der nicht vertretene Kläger in die Kosten verurteilt wird.[51]) Aber dies ist nur die sekundäre Folge. Was er primär will und was für die prozessuale Behandlung maßgebend ist, ist die Aufhebung seiner eigenen Verurteilung.

c) Ist die Klage für den Beklagten einer Person zugestellt, der die vom Kläger behauptete gesetzliche Vertretungsmacht fehlt, so hat dieser angebliche Vertreter die Befugnis, den Mangel geltend zu machen[52]) und zu diesem Zwecke einen Anwalt zu bevollmächtigen.[53]) Natürlich kann er dies nicht im Namen des Beklagten tun, sondern nur im eigenen Namen. Daraus folgt aber auch, daß der Kläger verurteilt werden muß, dem Vertreter die diesem erwachsenen Prozeßkosten zu ersetzen. Nur auf diese Weise kann er zum Ersatz seiner Kosten gelangen. Es wäre sinnlos, den Kläger zu verurteilen, dem Beklagten selbst, dem gar keine Kosten erwachsen sind, die Kosten zu ersetzen.[54])

Steht es fest, daß der als Vertreter Handelnde nicht legitimiert ist,

---

[49]) Ein Beispiel für die aus diesem Grunde angestellte und erfolgreich durchgeführte Revision s. in RG. 46 S. 222f.

[49a]) So auch RG. (VI. S.) in Seuff. Arch. 47 Nr. 75. Entgegengesetzt RG. 53 S. 68f. (III. S.), wo die Beschwerde als zulässig bezeichnet wird, weil Gegner des Vertreters nicht der Beklagte, sondern die eigene Partei (der Kläger) sei. S. dagegen den folgenden Text.

[50]) Anders ist die Situation im Falle des § 102. Hier ist die Verurteilung des Anwalts akzessorisch neben der im Urteil gegen die Partei ausgesprochenen (Gaupp-Stein, Note 10, Petersen, Note 17 zu § 102). Sie erfolgt durch Beschluß und ist von dem Inhalt des Urteils auch dann zu sondern, wenn sie äußerlich mit diesem verbunden wurde. Deshalb geschieht die Anfechtung durch Beschwerde, die sich nur gegen den Beschluß richtet. Wird ihr stattgegeben, so wird dadurch nicht der Inhalt des Urteils (die prinzipale Verurteilung der Partei) aufgehoben, sondern nur der zusätzliche Beschluß. — Die Verurteilung des Vertreters usw. nach § 102 befreit die Partei nicht, sondern erst die Zahlung auf Grund der Verurteilung tut dies.

[51]) Um dies abzuwenden, könnte sich der Kläger durch seinen wirklichen gesetzlichen Vertreter am Verfahren beteiligen. Vgl. o. Note 43.

[52]) Ein eigenes Interesse hat er hieran deshalb, weil die Verurteilung einer durch einen gesetzlichen Vertreter vertretenen Partei auch für diesen selbst Verpflichtungen erzeugen kann. Vgl. u. S. 397.

[53]) Anders ist die Situation, wenn der wirkliche gesetzliche Vertreter einen Anwalt schickt, um geltend zu machen, daß die Klage nicht ordnungsmäßig erhoben ist.

[54]) Vgl. auch die o. § 112[10] besprochenen Situationen.

oder kann er seine Vertretungsmacht nicht nachweisen, so kann er doch einstweilen zur Prozeßführung zugelassen werden (§ 56 II). Die in dieser Beziehung geltenden Einzelheiten sind dieselben wie bei der Zulassung des Prozeßunfähigen.[54a])

2. Anders ist die Rechtsfolge, wenn das Prozeßverhältnis gültig begründet ist und nun im Laufe des Prozesses ein nicht legitimierter Vertreter auftritt. Hier handelt es sich nicht um das Fehlen einer Prozeßvoraussetzung, sondern lediglich um die Frage, ob durch seine Prozeßhandlung das Prozeßverhältnis weiter entwickelt werden kann.

Stellt sich — was ebenfalls von Amts wegen zu prüfen ist — in dieser Situation der Mangel der Legitimation des angeblichen gesetzlichen Vertreters heraus, so ist er durch Beschluß zurückzuweisen und kann an der weiteren Verhandlung nicht mehr teilnehmen.[55]) Dann treten gegen die nicht vertretene Partei die Versäumnisfolgen ein. Wird auf Antrag ein Versäumnisurteil erlassen, so beruht dieses auf der Annahme, daß dem aufgetretenen Vertreter die Vertretungsmacht fehle.[56]) Ist dies mit Unrecht angenommen, so lag ein Fall der Versäumnis nicht vor. Dies kann im Einspruchsverfahren und, wenn ein zweites Versäumnisurteil ergangen ist, durch Berufung geltend gemacht werden. Auf diesem Wege kann also ebenfalls die Entscheidung über die Legitimationsfrage zur Nachprüfung an die höhere Instanz gelangen.[56a])

3. Fällt die Vertretungsmacht des bisherigen Vertreters (z. B. des Vormundes) im Laufe des Prozesses weg und versucht ein anderer nicht legitimierter Vertreter (etwa der Gegenvormund) das Verfahren aufzunehmen, so wird er durch Beschluß zurückgewiesen (§ 252). Ebenso ist es, wenn die Aufnahme gegenüber einem Dritten versucht wird, der nicht der gesetzliche Vertreter ist.

[54a]) Vgl. o. § 118 S. 341. Im Gegensatz zu § 89 fehlt die Bestimmung, daß die durch die Zulassung erwachsenen besonderen Kosten und Schäden von dem (ohne Erfolg) einstweilen Zugelassenen zu tragen sind. Der Grund für diese Abweichung kann nur darin gefunden werden, daß der Bevollmächtigte leicht jeder Gefahr entgehen kann, indem er sich die Vollmacht rechtzeitig ausstellen läßt. In unseren Fällen ist ein Irrtum leicht möglich; auch handelt es sich bei den gesetzlichen Vertretern von Prozeßunfähigen um solche Personen, die in der Regel ein munus publicum versehen und nachsichtige Behandlung verdienen. Wenig angemessen ist die Abweichung bei denen, die als Vertreter von juristischen Personen auftreten, ohne es zu sein. Hier ist der Gedanke an eine entsprechende Anwendung des § 89 nicht schlechtweg abzuweisen.

[55]) Die Zurückweisung erfolgt, weil er nicht berechtigt ist, sich an der Verhandlung zu beteiligen. Sie ist nicht eine Entscheidung in dem Rechtsstreit, sondern nur aus Anlaß desselben. Sie ergeht nicht auf Grund der mündlichen Verhandlung im Sinne des § 567, und deshalb hat der Zurückgewiesene die Befugnis zur Einlegung der Beschwerde. Für ihre Zulässigkeit in einem analog zu beurteilenden Falle auch RG. 51 S. 99, Seuffert, Erl. 3 zu § 88.

[56]) Es ist deshalb nicht etwa dem Vertreter zuzustellen, sondern der Partei bzw. dem wahren gesetzlichen Vertreter. [56a]) Vgl. z. B. RG. 30 Nr. 122.

IV. Die Stellung des gesetzlichen Vertreters.

Prozessuale Vertretung ist Prozeßführung an Stelle und im Namen eines anderen. Inwieweit sie in Beziehung auf die einzelnen Handlungen zulässig und geboten ist, ist verschieden bei den gewillkürten und den gesetzlichen Vertretern.

1. Auch die letzteren sind nicht Partei.

a) Die Prozeßvoraussetzungen und Klagvoraussetzungen bestimmen sich deshalb aus der Person des Vertretenen. Soweit es bei der Zuständigkeit auf den Wohnsitz oder auf sonstige Beziehungen der Partei ankommt, bleibt die Person des Vertreters völlig außer Betracht. Bei der Frage, ob Sicherheit wegen der Prozeßkosten zu leisten ist (§ 110), ist es ohne Bedeutung, ob der Vertreter Inländer oder Ausländer ist. Aus einem Prozesse, den der Vertreter suo nomine führt, kann in dem Prozesse, in dem er Vertreter ist, nicht die Einrede der Rechtshängigkeit abgeleitet werden. Gegen ihn und von ihm können keine Widerklagen erhoben werden. Aufrechnungen mit Gegenforderungen, die ihm zustehen oder gegen ihn gerichtet sind, sind nicht möglich.

b) Stirbt er im Laufe des Prozesses, so bleibt der § 239 außer Betracht. Sein Wegfall hat auf die Frage, wer Subjekt des Prozeßverhältnisses ist, keine Bedeutung. Ist der Richter mit ihm verwandt oder verschwägert, so bildet dies keinen Grund für die Ausschließung vom Richteramt, sondern kommt nur als Ablehnungsgrund in Betracht (§§ 41/2). Dem gesetzlichen Vertreter kann der Streit verkündet werden. Er kann Nebenintervenient seiner Partei sein. Er kann infolge Benennung des Rechtsurhebers an ihre Stelle treten (§§ 76/7).

c) Das Urteil wird auf den Namen der Partei gesprochen und wirkt gegen oder für den Vertreter nicht etwa deshalb, weil er in dem Prozesse Vertreter war, Rechtskraft. Eine Ausdehnung derselben auf ihn kann nur aus allgemeinen Gründen eintreten, die auch dann wirken würden, wenn die Partei selbst oder ein anderer gesetzlicher Vertreter die Prozeßhandlungen vorgenommen hätte.[57]) Demnach versteht es sich auch von selbst, daß aus den Rechtsverhältnissen des Vertreters nur unter der eben bezeichneten Voraussetzung ein Rechtsbehelf abgeleitet werden kann.

Auch die Prozeßkosten sind nur der Partei zuzusprechen bzw. aufzuerlegen.[58]) Kein gesetzlicher Vertreter wird nach §§ 91 f. in die Kosten verurteilt, so auch nicht diejenige Art von Vertretern, bei denen man von

---

[57]) Man denke an die Vorschriften der §§ 128, 129 I HGB. (Wirkung gegenüber allen Mitgliedern der offenen Handelsgesellschaft) oder an § 629 II ZPO. (Ehefeststellungsurteil, wenn im Namen eines Ehegatten ein gesetzlicher Vertreter prozessierte).

[58]) Anders, wenn der Vertreter den von ihm Vertretenen nicht zur Partei machen konnte, weil ihm die Vertretungsmacht fehlte. Vgl. o. III 1 b S. 391. Dies ist aber nicht eigentlich eine Ausnahme von dem Satze des Textes.

Parteien kraft Amtes spricht. Der Vertreter kann höchstens akzessorisch (nach § 102) in gewisse Kostenbeträge verurteilt werden (Note 50).

Ist die vertretene Partei verurteilt, so ist damit ihr Vermögen und nur dieses dem Vollstreckungszugriff eröffnet.[59]) Der Vertreter ist in dieser Beziehung auch als gesetzlicher Vertreter ein Dritter[60]) im Gegensatz zu dem Schuldner.

2. Innerhalb des Prozesses hat der gesetzliche Vertreter im Gegensatze zu dem Bevollmächtigten in vollem Umfange die Rechte der Partei auszuüben und ihre prozessualen Pflichten wahrzunehmen. Es sind nicht seine Rechte und Pflichten, sondern die der Partei, aber als handelndes Subjekt ist diese völlig ausgeschaltet, weil sie entweder wegen ihrer Prozeßunfähigkeit oder als juristische Person nicht selbst tätig werden kann oder doch gleich einer prozeßunfähigen Person behandelt wird (§ 53).

Dieses Prinzip ist bezüglich des gesetzlichen Vertreters in der ZPO. nicht besonders ausgesprochen.[61]) Nur einzelne Anwendungen finden sich, so in § 171 I bezüglich der Zustellungen, in § 241 bezüglich der Unterbrechung des Prozesses,[62]) in den §§ 473 I, 477, 426 III, 441 III bezüglich der Parteieide, die von dem jetzigen gesetzlichen Vertreter zu leisten sind, weshalb derjenige, der es jetzt ist, nicht als Zeuge vernommen werden kann.

Sein Wille und sein Wissen bestimmen die Prozeßhandlungen. Hier kann es nicht bestritten werden, daß diese seine Handlungen sind.[63]) Ausschließlich auf seinen Willen (also auch auf sein Verschulden) kommt es an, soweit von ihm die Wirkung einer Prozeßhandlung auf die Entwicklung des Prozeßverhältnisses abhängig ist.[64]) Aber die Wirkung der Handlung trifft direkt und ausschließlich die Partei, die Prozeßkostenpflicht

---

[59]) Der § 780 II ZPO. sagt deshalb bezüglich des Testamentsvollstreckers und Nachlaßpflegers etwas ganz Selbstverständliches und dient, wenn man das richtige Prinzip vor Augen hat, nur zur Klarstellung. — Auch im Falle des § 887 ZPO. gilt das im Texte Gesagte, was auch diejenigen nicht leugnen, die gewisse gesetzliche Vertreter als Parteien (kraft Amtes) betrachten.

[60]) Dritter bezeichnet in der Rechtssprache jeden anderen, als denjenigen oder diejenigen, von denen man vorher gesprochen hat. Es kann den Gegensatz zu einer oder zu mehreren Personen bilden. Die ZPO. (z. B. §§ 771, 887/8) verwendet den Ausdruck in diesem Sinne, während das BGB. jetzt von einem „anderen" spricht.

[61]) Der Grund ist die generelle Verweisung auf das „bürgerliche" Recht (§ 51). Die Bevollmächtigung ist nach Form und Wirkung ausschließlich in der ZPO. geregelt, und hier ist auch die Frage des Textes beantwortet. Vgl. namentlich § 85 (u. § 131).

[62]) Sie tritt durch Tod oder Aufhören seiner Vertretungsbefugnis ein, wenn nicht ein Prozeßbevollmächtigter da ist (§§ 241, 246).

[63]) Ausführlicher ist über die Natur der Vertreterhandlung u. in § 131 gehandelt. Schultzenstein, ZZP. 35 508/9 meint, rechtlich seien die Handlungen des Vertreters Handlungen des Vertretenen und allein des Vertretenen, insbesondere sei der Offenbarungseid des Vertreters nicht sein Eid, sondern der der prozeßunfähigen Partei. Ist beim Meineid nicht der Vormund der (alleinige) Täter?

[64]) Entsprechend dem § 166 I BGB. Anders ist es beim Bevollmächtigten, vgl. u. § 131.

auch insoweit, als sie durch das Verschulden des gesetzlichen Vertreters herbeigeführt ist.[65])

Dagegen bleibt die Partei unberührt von den Strafen, die gegen den Vertreter wegen Ungehorsams oder Ungebühr (GVG. §§ 178/9) verhängt werden. Der Grund ist nicht, daß sie außerhalb der Vertretungsmacht lägen und deshalb „nicht als Handlungen des Vertretenen aufgefaßt werden könnten",[66]) sondern der Umstand, daß hier das persönliche Verhalten bestraft wird.

Streitig ist die Frage, wie es sich mit den nach §§ 807, 888—890, 899 f. zu verhängenden Strafen verhält. Das Gesetz spricht hier nur von dem Schuldner. Aber es ist zweifellos, daß bezüglich der Leistung des Offenbarungseides „durch den Schuldner" nur die Eidesleistung des gesetzlichen Vertreters in Betracht kommt und daß es auf seinen Willen ankommt, wenn gefragt wird, ob die Leistung ausschließlich von diesem abhängt (§ 888).

Das Gesetz enthält hier eine Lücke. Soll der Gläubiger nicht rechtlos sein,[67]) so muß sie nach den Bedürfnissen des Rechtslebens im Geiste des Gesetzes ausgefüllt werden. Und dies führt zu dem Ergebnisse, daß jene Beugemittel gegen den gesetzlichen Vertreter anzuwenden sind,[68]) wie dieser ja — im Gegensatz zu dem Bevollmächtigten — auch zu der Wahrnehmung der Pflichten verbunden ist, soweit diese nicht durch vermögensrechtliche Aufwendungen,[69]) sondern nur durch persönliches Verhalten zu geschehen hat. Die Beugemittel können in solchen Fällen, da es unsinnig wäre, jemanden, der nicht willensfähig ist, beugen zu wollen, keine Beziehung auf die Partei haben, sondern nur auf denjenigen, dessen Wille gebeugt werden soll. Und das ist hier nur der gesetzliche Vertreter.[70]).

---

[65]) So nach § 95 ZPO., §§ 47 III, 48 GKO., vgl. o. §§ 71/2. Über die akzessorische Verurteilung des gesetzlichen Vertreters vgl. o. Note 50. — Görres, ZZP. 34 105 will die Folgen von Prozeßdelikten stets dem gesetzlichen Vertreter allein aufbürden.

[66]) So Planck I § 46 VI a. E., Gaupp-Stein, Erl. IV bei Note 12 zu § 51.

[67]) Man denke an den Offenbarungseid. Das Kind oder der Geisteskranke kann ihn nicht leisten. Kann gegen den Vormund, der den Offenbarungseid nicht leistet, nicht mit Zwang vorgegangen werden, so fehlt dem Gläubiger jedes Mittel, um die Vollstreckungsobjekte zu ermitteln. Mit einer Interesseforderung gegen den Mündel ist ihm im Falle des § 883 nicht gedient.

[68]) So auch die herrschende Ansicht, vgl. Gaupp-Stein, Seuffert, Petersen zu §§ 888—890, Kohler, Arch. f. ziv. Pr. 80 263 f., Weismann II 225. Dagegen Schultzenstein, ZZP. 35 475 f. Er hält die Geldstrafen gegen die prozeßunfähige Partei selbst für zulässig (504), Haftstrafen natürlich nicht. So fehlt in vielen Fällen das wichtigste Beugemittel. Gerade das zeigt aber, daß der prinzipielle Standpunkt von S. nicht richtig sein kann. S. stellt die Fälle des § 887 denen der §§ 888—890 gleich und schließt daraus, daß in denen des § 887 nur das Vermögen des Schuldners Vollstreckungsobjekt ist, darauf, daß auch die §§ 888—890 den gesetzlichen Vertreter unberührt lassen müßten (S. 493 f.). Aber die Fälle sind durchaus verschieden. Seine These, daß in § 888 Schuldner und Gebeugter identisch sein müßten (492), widerlegt sich schon durch die Tatsache, daß es nur auf den Willen des Vertreters ankommen kann.

[69]) Diese braucht der Vormund nur aus dem Vermögen des Mündels zu machen, und deshalb treten die Verzugsfolgen auch nur in der Person des Schuldners ein.

[70]) Auch bei den Anhängern der herrschenden Lehre ist Streit über die juristischen Personen. Strafe gegen sie lassen zu Seuffert, Erl. 3 Abs. 2 zu § 888, Kohler a. a. O. S. 263 und RG. 53 S. 405. Das RG. folgert es aus der Parteifähigkeit (aber ist nicht auch der Geisteskranke parteifähig?), Seuffert daraus, daß „die Hand-

3. Die Prozeßbevollmächtigten.

§ 126.

a) Zulässigkeit und Notwendigkeit der Vertretung durch Bevollmächtigte. Fähigkeit zur Bevollmächtigung.

Die Vertretung durch Bevollmächtigte ist in gewissen Fällen notwendig, in anderen zulässig, in anderen wieder ausgeschlossen.

I. Ausgeschlossen ist sie bei der Leistung des zugeschobenen und des richterlichen Eides. Diese ist höchstpersönlich, muß also durch die Partei bzw. ihren gesetzlichen Vertreter erfolgen,[1]) ebenso natürlich die Äußerung, die der Partei obliegt, wenn das Gericht ihr persönliches Erscheinen angeordnet hat (§§ 141, 619), und die Verhandlung im Sühnetermin in Ehesachen (§ 610).

II. Notwendig ist die Vertretung durch Bevollmächtigte

1. im „Anwaltsprozesse", d. h. vor den Landgerichten als erster und zweiter Instanz und vor allen Gerichten höherer Instanz, also vor den (ordentlichen) Kollegialgerichten (§ 78 I).

a) Hier müssen sich die Partei bzw. ihre gesetzlichen Vertreter, ebenso auch der Nebenintervenient und Dritte, die den Prozeß übernehmen oder sich an ihm als Streitgenossen beteiligen wollen,[2]) durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen, mit „Prozeßvollmacht" (d. h. allgemeiner Vollmacht) versehenen Rechtsanwalt[3]) vertreten lassen.[4]) Wer nicht Rechtsanwalt ist, wird nicht zugelassen. Ebenso wäre ein Rechtsanwalt, der als „Prozeßbevollmächtigter"[5]) handeln wollte, ohne beim Prozeßgericht zugelassen zu sein, von Amts wegen zurückzuweisen. Der Anwaltszwang gilt für Behörden auch dann, wenn ihr Organ die Fähigkeit zum Richteramte hat, nicht aber für die Staatsanwaltschaft.

---

lungen der Organe Handlungen der juristischen Personen seien" (vgl. dagegen bei Note 63 u. o. § 116 a. E.). Kohler scheint die Wahl zwischen Bestrafung der juristischen Person und ihrer Organe zu lassen. — BGB. § 31 kommt für unsere Frage wohl nicht in Betracht.

[1]) §§ 473, 478, vgl. o. S. 331 (Eidesleistung der Landesherren).

[2]) Z. B. §§ 76 7, 265 6, 666 III, 856 III. Befreit vom Anwaltszwange (im Zwischenstreite) ist der Zeuge (§ 387).

[3]) Daß der Anwalt in eigenen Angelegenheiten (auch als gesetzlicher Vertreter) als Anwalt handeln kann, sagt der § 78 III in der mißglückten Fassung, daß er „sich selbst vertreten" könne. Er hat auch die Forderung auf die Gebühren (GebO. f. RA. § 7).

[4]) So auch bei Berufung gegen Urteile der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte (GGG. § 55 III, KGG. § 16 I), obwohl vor ihnen selbst die Rechtsanwälte ausgeschlossen sind (GGG. § 31). — Eine Ausnahme gilt 1. bezüglich der Einlegung der Beschwerde (§ 569 II), auch gegen Entscheidungen jener Gerichte (§ 55 cit.), ferner 2. im Umfange des § 8 des EG. z. ZPO., 3. in Patentsachen, Konsular- und Schutzgebietsprozessen (PatGes. § 33, KonsularGG. § 45, SchutzgebietsG. § 3).

[5]) Im Gegensatz zum Substituten des prozeßbevollmächtigten Anwalts und zu einem Anwalt, dem die Ausführung der Parteirechte übertragen ist, vgl. u. S. 403 und § 134.

Hiernach ist, wenn die Partei oder ein nicht beim Prozeßgericht zugelassener Anwalt eine Klagschrift (Berufungsschrift usw.) einreicht, die Terminsanberaumung zu verweigern, die Zulassung der Klage zur Verhandlung also zu versagen (durch Verfügung des Vorsitzenden). Wäre versehentlich dem Antrage stattgegeben, so muß wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung die Prozeßabweisung (durch Endurteil) ausgesprochen werden, wenn nicht das Fehlende inzwischen nachgeholt ist.[6]) — Ist das Prozeßverhältnis gehörig begründet, so ist die Partei, die selbst verhandeln will, durch Beschluß zurückzuweisen; dasselbe gilt, wenn ein Anwalt für sie als Prozeßbevollmächtigter handeln will, der bei dem Gericht nicht zugelassen ist. Gegen die Partei kann dann Versäumnisurteil beantragt werden, da sie im Sinne der §§ 330/1 als nicht erschienen zu behandeln ist (§ 333).

Wäre eine zurückzuweisende Person versehentlich zur Verhandlung zugelassen worden, so begründet dies einen unverzichtbaren wesentlichen Mangel im Verfahren. Ein Urteil, das auf ihm beruht, ist aufzuheben (§ 539). Die Unheilbarkeit hindert aber nicht, daß im Laufe der Instanz an Stelle des Unfähigen ein zur Vertretung fähiger Anwalt auftritt und daß auf Grund seiner Prozeßführung das gehörig begründete Prozeßverhältnis durch ein Urteil gültig abgeschlossen wird.[7])

Zulässig ist auch im Anwaltsprozesse,

α) daß die Partei (ihr gesetzlicher Vertreter) mit ihrem Rechtsanwalt in der mündlichen Verhandlung erscheint und neben ihm das Wort zu Erklärungen erhält.[8])

β) Vor den Landgerichten und Oberlandesgerichten kann der beim Prozeßgericht zugelassene Anwalt jeden anderen Anwalt statt seiner (als Substituten) auftreten lassen; auch kann er ihm — neben sich — die Ausführung der Parteirechte übertragen. Bei dem Reichsgericht ist nur letzteres zulässig.[9])

---

[6]) Vgl. über diese streitige Frage im allgemeinen o. § 67. Beispiel: Die Klagschrift ist von einem nur beim Oberlandesgericht zugelassenen Kompagnon des Landgerichtsanwalts auf Grund der beiden erteilten Prozeßvollmacht unterzeichnet und nach der Terminsanberaumung zugestellt. Im Termin erscheint der Landgerichtsanwalt und begegnet dem Antrag auf Prozeßabweisung mit der Erklärung, daß er die Klage aufrecht erhalte (dann gilt sie jetzt als erhoben). Noch sicherer geht er, wenn er vorher eine von ihm unterzeichnete Klagschrift nochmals zustellen läßt. Er braucht die Terminsanberaumung nicht wiederholen zu lassen. Nach anderer Meinung müßte die Klage zurückgenommen werden (von wem?) und wäre von neuem zu erheben. Vorteil hätte davon nur der Fiskus (Gerichtskosten).

[7]) Eine — praktisch wenig bedeutungsvolle — Frage entsteht, wenn der Mangel in dieser Weise nicht ausgeglichen und ein Urteil gefällt worden ist, das rechtskräftig wird. Kann hier auf die Verletzung des § 78 I die Nichtigkeitsklage gegründet werden? Wenn die Prozeßführung mit dem Willen der Partei geschehen ist, so dürfte aus § 579 Nr. 4 abzuleiten sein, daß die Frage zu verneinen ist.

[8]) § 137 IV. Über das Verhältnis ihrer Erklärungen zu denen des Bevollmächtigten s. u. § 131.

[9]) RAO. §§ 27 I, 101. Über Substitution vgl. u. IV, über Ausführung der Parteirechte vgl. u. § 134.

b) Der Anwaltszwang gilt nicht nur für die mündliche Verhandlung vor dem Kollegialgericht, sondern für den *ganzen* kollegialgerichtlichen Prozeß, also auch für die schriftlich an das Gericht oder an den Vorsitzenden zu richtenden Anträge und Gesuche, die die Einleitung oder die Fortführung des Prozesses betreffen,[10]) einschließlich der vorbereitenden Schriftsätze[11]) und der an das *Prozeß*gericht zu richtenden Anträge, die die Zwangsvollstreckung oder den Arrest und einstweilige Verfügungen betreffen. Dagegen kann auch im kollegialgerichtlichen Prozeß die Zustellung von der Partei oder einer anderen von ihr oder von dem prozeßbevollmächtigten Anwalt ermächtigten Person betrieben werden.[12])

Die Erteilung und Entziehung oder Beschränkung der *Vollmacht* kann die Partei selbst (durch Erklärung an das Gericht und den Gegner) vollziehen.[13])

c) Ausnahmen von dem Anwaltszwang macht das Gesetz (§ 78 II)

α) für das Verfahren vor einem beauftragten Richter, z. B. für den Sühneversuch (§ 296), die vor ihm stattfindenden Beweisaufnahmen und das vorbereitende Verfahren (§§ 348 f.) und für das Verfahren vor einem ersuchten Richter,[14]) nicht aber vor dem Vorsitzenden;

β) ferner für die Prozeßhandlungen, die vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden *können*. Anwaltszwang besteht also auch dann nicht, wenn sie durch ein an das Kollegialgericht gerichtetes schriftliches Gesuch vorgenommen werden.[15])

Für den Fall, daß gegen die Entscheidung über diese vom Anwaltszwange *befreiten* Prozeßhandlungen Beschwerde eingelegt wird, gilt die Regel des § 78 I.

d) Der Anwaltszwang gilt — mit den Ausnahmen unter a, *α* und c — für alle im kollegialgerichtlichen Verfahren vorzunehmenden Prozeß-

---

[10]) Also *nicht* für das Gesuch um Beiordnung eines Rechtsanwalts (RAO. §§ 33/4), um Erteilung der Urteilsausfertigung, für die Bevollmächtigung eines anderen Anwalts oder des Anwalts höherer Instanz, *wohl aber* für das Gesuch um öffentliche Zustellung (§ 204) oder um Bestellung eines besonderen Vertreters der zu verklagenden Partei (§§ 57/8) und richtiger Ansicht nach auch für das Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichts (§ 36). Vgl. o. S. 273 Note 19.

[11]) Das ist jetzt allgemein anerkannt. Um so mehr gilt Anwaltszwang für die bestimmenden Schriftsätze, wie z. B. Zurücknahme der Klage oder eines Rechtsmittels (§§ 271, 515) und für den Verzicht auf dessen Einlegung (§ 514), wenn sie statt durch Erklärung an das Gericht durch Zustellung eines Schriftsatzes geschehen.

[12]) Darüber ist man jetzt einig (RG. 17 S. 392 f. [Ver. Sen.], **30** S. 389). Streit ist über den Grund. Er ist darin zu suchen, daß das Gesetz das Zustellungsverfahren von dem Verfahren vor dem Gericht abgetrennt hat. Nicht zutreffend wird er darin gefunden, daß der „Auftrag“ zur Zustellung keine Prozeßhandlung (so Wach I 608, Gaupp-Stein, Erl. III [13] zu § 78) oder ein Internum zwischen Partei und Gerichtsvollzieher sei (so Seuffert, Erl. 2 zu § 78). Vgl. dagegen o. § 84.

[13]) Vgl. über die Gründe hierfür u. § 128 II.

[14]) Dies ist immer ein Amtsrichter (GVG. § 158).

[15]) Beispiele: §§ 44 (406), 104, 109 (715), 118, 248, 466, 486, 569 II, 573 II, 2, 920 III, 936.

handlungen, aber auch nur für solche. Die Parteien haben also nicht die Möglichkeit, selbst auf das *Prozeß*verhältnis einzuwirken. Dagegen können sie Rechtsgeschäfte in Beziehung auf den Prozeßgegenstand vornehmen (auch gelegentlich der Anwesenheit vor Gericht). Ihre Form und ihre Wirkung bestimmen sich *ausschließlich* nach dem bürgerlichen Rechte. Ihre Wirkung im Prozesse *zur Geltung zu bringen*, ist lediglich Aufgabe des Anwalts.[16]) Dies gilt auch bezüglich eines *Vertrags*, durch den die Parteien das bis dahin streitige Rechtsverhältnis gütlich regeln, sei es, daß der Kläger die von ihm aufgestellte Rechtsbehauptung als unrichtig anerkennt, sei es, daß der Beklagte sie als richtig zugibt, sei es, daß die vertragsmäßige Regelung unter gegenseitigem Nachgeben stattfindet (Vergleich). Aber die in §§ 306/7 des Gesetzes geregelten Rechtshandlungen (Klagverzicht und Klaganerkenntnis) sind einseitige Erklärungen an das Gericht und bilden überhaupt nicht den Tatbestand eines möglichen *Privat*rechtsgeschäfts. *Sie* sind Prozeßhandlungen, die im Anwaltsprozesse nur von Rechtsanwälten vorgenommen werden können.[17]) Im Vergleich ist die vereinbarte Beendigung des Prozesses und sein zivilrechtlicher Inhalt zu unterscheiden.[18]) An sich wäre zu sagen, daß erstere nur durch die Anwälte geschehen kann. Aber es ist zu erwägen, daß das Kollegialgericht einen Sühneversuch anordnen kann, in dem zweifellos die Parteien selbst den Prozeßvergleich mit voller prozeß- und zivilrechtlicher Wirkung abschließen können.[19]) Daraus ist zu folgern, daß jedenfalls ein vor dem Kollegialgericht selbst geschlossener und protokollierter Vergleich auch in prozessualer Beziehung nicht deshalb *unwirksam* sein kann,[20]) weil eine Partei selbst gehandelt hat und das Gericht nicht eines seiner Mitglieder allein hat handeln lassen. Fraglich kann nur das sein, ob das Kollegium nicht seine Mitwirkung zu *versagen* hat, wenn eine Partei zwecks Abschlusses des Vergleichs selbst handeln *will*.[21])

---

[16]) So wenn gezahlt, aufgerechnet, angefochten, gekündigt ist usw..

[17]) Vergebens wurde in der Kommission von 1898 beantragt, das Klaganerkenntnis vom Anwaltszwang zu befreien, damit es dem Beklagten möglich sei, die höheren Kosten des Versäumnisurteils zu vermeiden (KommBer. S. 77).

[18]) Die Protokollierung des *letzteren* ist begrifflich ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Daß sie aber zur *sachlichen* Zuständigkeit der Kollegialgerichte gehört, ist zweifellos (§ 160 II Nr. 1). [19]) § 296 mit § 78 II.

[20]) So auch OLG. Dresden in Seuff. Arch. 53 Nr. 185. Das Gegenteil führt das KG. Berlin in Rechtspr. der OLG. 1 1 f. aus, um aber dann schließlich zu dem Ergebnis zu gelangen, daß die allein zu *entscheidende* Frage, ob die Gerichtskosten von der sie übernehmenden Partei eingefordert werden konnten, auf Grund des § 86 GKG. zu bejahen sei (trotz Unwirksamkeit des ganzen Rechtsakts?). — Die Unwirksamkeit wird von der überwiegenden Ansicht angenommen. Vgl. Seuffert, Erl. 2 a. E. zu § 78. Dagegen u. a. Petersen, Erl. 5 zu § 78.

[21]) M. E. wäre dies übertriebener Formalismus. Jedenfalls kann und wird das Gericht, wenn es der entgegengesetzten Ansicht ist, allen Interessen (auch seinen eigenen!) dadurch gerecht werden, daß es die zum Vergleich bereiten Parteien den Vergleich vor einem alsbald beauftragten Richter vornehmen läßt.

2. Einen Zustellungsbevollmächtigten hat die Partei in den Fällen des § 174 zu bestellen (stets, wenn sie nicht im Deutschen Reiche wohnt und weder am Orte des Prozeßgerichts, noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks, in dem der Sitz des Prozeßgerichts ist, einen Prozeßbevollmächtigten hat, sonst — d. h. wenn sie im Inlande wohnt — nur dann, wenn das Prozeßgericht es auf Antrag des Gegners angeordnet hat).

Unterbleibt die Bestellung, so geschieht die Zustellung gültig durch Aufgabe zur Post. Die Postbehörde ist dann kraft des Gesetzes Vertreter des Adressaten in Beziehung auf die Zustellung. Diese gilt schlechthin bereits mit der Übergabe an die Postbehörde als bewirkt.[22])

III. Parteiprozeß nennt man das Verfahren, in dem die Partei bzw. ihr gesetzlicher Vertreter selbst handeln kann. Es ist jedes Verfahren vor dem Amtsgericht, insbesondere auch vor ihm als dem Vollstreckungs- und Konkursgericht.

Hier kann die (prozeßfähige) Partei bzw. ihr gesetzlicher Vertreter selbst handeln (mündlich bzw. durch Schriftsätze) oder sich durch jede beliebige Person (auch durch weibliche) vertreten lassen. Ein solcher Bevollmächtigter muß prozeßfähig sein.[23]) Die gemäß BGB. §§ 112/3 vorhandene Prozeßfähigkeit bezieht sich nur auf eigene Angelegenheiten. Im Parteiprozesse kann auch jeder Rechtsanwalt als Bevollmächtigter auftreten.[24]). Im Parteiprozesse ist es nach § 83 II auch zulässig, dem Vertreter eine auf einzelne Prozeßhandlungen beschränkte Vollmacht zu erteilen (z. B. nur zur Klagerhebung oder nur zur Vertretung in einer einzelnen mündlichen Verhandlung oder bei einer Beweisaufnahme).

Dasselbe gilt im Anwaltsprozesse für alle vom Anwaltszwang befreiten Prozeßhandlungen (§ 79).

---

[22]) § 175, vgl. o. § 123 II (ähnlich ZVG. § 4). Über die lehrreiche Form der Erteilung der Vollmacht (Benennung vor Gericht oder an den Gegner) vgl. u. § 128. — Wohnt ein Rechtsanwalt nicht an dem Ort des Gerichts, bei dem er zugelassen ist, so muß er bei diesem einen Zustellungsbevollmächtigten bestellen (RAO. § 19). Dies wirkt auch für den einzelnen Prozeß, und zwar so, als hätte er in diesem einen Substituten für die Zustellung bestellt. Die Bestellung geschieht durch Benennung an das Gericht.

[23]) Anders BGB. Nach § 165 hindert die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit die Fähigkeit zur Vertretung nicht. — Ein bevollmächtigter Prozeßunfähiger kann nicht etwa (wie Skonietzki-Gelpcke, Erl. 3 zu § 79 meinen) als ermächtigt angesehen werden, namens der Partei die Vollmacht zu erteilen, da dies Prozeßhandlung wäre, die dem Prozeßunfähigen verschlossen ist (als Bote kann er natürlich benutzt werden, vgl. o. § 121 I). Ganz anders ist es, wenn ein Anwalt, der beim Prozeßgericht nicht zugelassen ist, die Vollmacht erhält (vgl. u. Note 25). — Eine juristische Person kann bevollmächtigt werden. Dann hat ihr gesetzlicher Vertreter zu handeln bzw. einen Anwalt zu bestellen. Dasselbe gilt bei Bevollmächtigung einer offenen Handelsgesellschaft. Vgl. o. S. 373 Note 18.

[24]) Vor dem Gewerbegericht und dem Kaufmannsgericht werden Rechtsanwälte und Rechtskonsulenten nicht zugelassen (GGG. § 31). — Das Verbot in RAO. § 100 II hindert nicht die Gültigkeit der von einem Reichsgerichtsanwalt vor einem Amtsgericht vorgenommenen Handlungen.

IV. Fähigkeit zur Bevollmächtigung. Substitution.

1. Fähig zu Erteilung der Prozeßvollmacht ist die Partei, falls sie prozeßunfähig ist, nur ihr gesetzlicher Vertreter, ferner aber auch der Prokurist, der Generalbevollmächtigte und die anderen in § 127 zu nennenden Personen, in deren Befugnis es läge, kraft ihrer allgemeinen Vollmacht selbst den Prozeß zu führen, endlich auch ein solcher Dritter, dem gerade die Vollmacht zur Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten eingeräumt ist.[25]) Kraft Gesetzes ist hierzu befugt der für die untere Instanz bestellte Prozeßbevollmächtigte (für alle höheren Instanzen).[26]) Ein solcher kraft Vollmacht bestellter Vertreter hat in allen diesen Fällen dieselbe Stellung, wie ein von der Partei direkt bestellter Bevollmächtigter, sowohl nach außen (als Vertreter gemäß §§ 81/3), als auch in Beziehung auf Rechte und Pflichten gegenüber der Partei.[26a]) — Ein solcher Bevollmächtigter verliert seine Vertretungsmacht nicht dadurch, daß der Vollmachtgeber die seinige einbüßt.[27])

2. Anders ist es, wenn ein Prozeßbevollmächtigter sich (innerhalb seiner Instanz) einen „Vertreter" bestellt (Untervollmacht, Substitution im eigentlichen Sinne). Dazu ist er nach § 81 befugt, sowohl für eine einzelne Prozeßhandlung (z. B. Wahrnehmung eines Termins), als auch generell für die ganze Instanz.[28]) Ein solcher Substitut ist nur mittelbarer Vertreter der Partei, direkter Vertreter und Inhaber der allgemeinen Vollmacht („Prozeßvollmacht") ist und bleibt der Substituent (auch im Sinne und mit der Wirkung der §§ 176, 179). Der Untervertreter steht auch im Zweifel in keinem Vertragsverhältnis zu der Partei; diese kann deshalb Vertragsansprüche gegen ihn nur auf Grund einer Abtretung erlangen.[29]) Die Vertretungsmacht des Substituten bestimmt sich 1. nach der Erklärung des Substituenten,[30]) 2. nach der diesem zustehenden Vertretungsmacht, die von jener nicht überschritten werden kann und mit der die des Substituten erlischt.

---

[25]) Erteile ich in Kenntnis der Sachlage einem Anwalt, der mangels der Zulassung bei dem Prozeßgericht nicht selbst auftreten kann, die Vollmacht, so ist sie im Sinne des Textes zu interpretieren. So zutreffend Skonietzki-Gelpcke, Erl. 4 a. E. zu § 78 (aber nicht im Einklang mit Erl. 3 Abs. 1 a. E. zu § 81). A. M. Petersen, Erl. 3 I, Struckmann-Koch, Erl. 2 zu § 78.

[26]) § 81. Nicht aber kann er für dieselbe Instanz einen anderen an seine Stelle treten lassen, oder neben sich zum „Prozeßbevollmächtigten" (im Sinne des § 176) machen. Über Substitution s. den Text unter 2. — Der für die höhere Instanz bestellte Bevollmächtigte hat Vertretungsmacht nur für diese, nicht für die untere.

[26a]) Insofern liegt in der Prozeßvollmacht akzessorisch auch eine Vollmacht zur privatrechtlichen Vertretung des Mandanten.

[27]) Über die entsprechenden Fragen bei der privatrechtlichen Vollmacht vgl. u. § 132 bei Note 11a. [28]) Vgl. über Anwälte o. Note 9.

[29]) Vgl. BGB. § 664 und l. 8 § 3 D. 17, 1 und für das Ganze besonders Wach I 580/2, Kommentare (mit Judikatur) zu § 81.

[30]) Der Gegner handelt auf seine Gefahr, wenn er sich nicht über ihren Inhalt vergewissert.

§ 127.

b) Privatrechtliche Vollmachten, die die Prozeßführung mit umfassen.

I. Die Vorschriften der ZPO. beziehen sich nur auf die für den speziellen Prozeß erteilte Vollmacht, nicht auf die Vertretung, die einer Person als Ausfluß einer umfassenderen Vertretungsbefugnis zusteht, so

1. dem Prokuristen gemäß HGB. § 49. Er ist zur Prozeßführung schlechthin befugt, soweit der Betrieb eines Handelsgewerbes sie mit sich bringt, also nicht über nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten, wohl aber über die Rechtsverhältnisse an Grundstücken und über die Verpflichtung des Prinzipals zur Übereignung oder zur Bewilligung der Eintragung einer geschuldeten Belastung. Denn der § 49 II HGB. beschränkt die Vertretungsbefugnis des Prokuristen nur in Beziehung auf Rechtsgeschäfte der Veräußerung und Belastung. Die Prozeßführung ist aber nicht Verfügung.

2. Der Schiffer ist kraft seiner Anstellung dazu befugt, Klagen, die sich auf den Wirkungskreis des Schiffers beziehen, im Namen des Reeders anzustellen, wenn das Schiff sich außerhalb des Heimatshafens befindet (HGB. § 527 II). Bodmereigläubiger und Schiffsgläubiger können ihre Klage „gegen den Reeder **oder** den Schiffer" richten (HGB. §§ 696 II, 761 II). Im zweiten Falle ist der Schiffer Partei,[1] im ersten Falle der Reeder. Zu seiner Vertretung ist der Schiffer „kraft seiner Anstellung" (also nicht als gesetzlicher Vertreter[2]) befugt.

3. Ist ein Handlungsbevollmächtigter, der nicht Prokurist ist, zum Betriebe eines Handelsgewerbes bestellt, so kann er zwar alle Geschäfte und (sonstigen) Rechtshandlungen vornehmen, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes gewöhnlich mit sich bringt; zur Prozeßführung ist er aber nur dann ermächtigt, wenn ihm eine derartige Befugnis besonders erteilt ist (HGB. § 54). Ist dies generell geschehen, so gehört der Fall hierher. Wird er speziell für einen einzelnen Prozeß bevollmächtigt, so gelten die Vorschriften der ZPO.

4. Durch den bürgerlichen[3] Gesellschaftsvertrag[4] kann ein Gesellschafter zum Geschäftsführer bestellt werden; er ist dann im Zweifel auch zur Vertretung der anderen Gesellschafter ermächtigt. Die Geschäftsführung und Vertretung kann auch auf die Prozeßführung erstreckt werden,[5]

---

[1] In Prozeßstandschaft (die Schaps, Komm. Anm. 7 zu § 696 mit Unrecht leugnet), vgl. o. § 122 I. [2] Vgl. o. § 123[5].

[3] Bei der offenen Handelsgesellschaft, der Kommanditgesellschaft und Reederei gelten die Vertretungsberechtigten als gesetzliche Vertreter (HGB. § 126). Ebenso bei dem nicht rechtsfähigen Verein (ZPO. § 50 II, 2), vgl. o. S. 373.

[4] Für die in anderer Weise übertragene Geschäftsführung gelten die gewöhnlichen Regeln.

[5] Dann gilt in dieser Beziehung auch die Besonderheit des § 715 BGB. (Unentziehbarkeit).

umfaßt sie aber ohne weiteres ebensowenig, wie in dem zuvor unter 3 erwähnten Falle.[6]) Jedenfalls hat der Geschäftsführer, wenn seine Bestellung Zweifel läßt, seine Legitimation zum Prozesse nachzuweisen.

5. Die Ehefrau ist kraft des die allgemeine Gütergemeinschaft festsetzenden Ehevertrags im Falle der Verhinderung des Mannes zur Prozeßführung in seinem Namen befugt.[7])

6. Nach dem Patentgesetz § 12 muß der ausländische Patentinhaber einen Vertreter bestellen. Diese Bestellung gibt ihm kraft Gesetzes auch die Befugnis zur Prozeßführung in Patentsachen.[8])

7. Auch der Generalbevollmächtigte, d. h. der Vertreter, der zur Besorgung aller (vermögensrechtlichen) Angelegenheiten oder aller Angelegenheiten, die einen bestimmten Verwaltungszweig betreffen (z. B. Gutsverwaltung), bestellt ist, ist hier mit aufzuzählen.[9])[10])

II. In allen diesen Fällen entscheiden über Entstehung, Umfang und Erlöschen der Vertretungsmacht diejenigen Vorschriften, die das Vertretungsverhältnis im allgemeinen regeln.[11]) Nur einige Punkte sind hervorzuheben.

1. Der § 80 ZPO. bezieht sich nur auf die spezielle zum Prozeß erteilte Vollmacht. Auf unsere Fälle kann er nur analog angewendet werden. Demnach muß die Vollmacht urkundenmäßig (auf Erfordern des Gegners durch öffentliche oder doch öffentlich beglaubigte Urkunden) nachgewiesen werden, und die Urkunden müssen zu den Gerichtsakten gegeben werden.[12])

---

[6]) Diese von mir in Anspr. und Klagr. 199 im Gegensatz zu der herrschenden Ansicht (z. B. Schollmeyer, R. der einzelnen Schuldverh. 149, Dernburg (3) 2 § 358 V, Goldmann-Lilienthal 1 § 198[10], Gaupp-Stein, Erl. III zu 80) aufgestellte Ansicht gründet sich 1. darauf, daß die Vorschriften des BGB. sich im Zweifel nur auf Rechtsgeschäfte beziehen (vgl. BGB. §§ 26 II, 1350), 2. daß auch das HGB. die prozessuale Vertretungsmacht besonders erwähnt (§§ 49, 527, vgl. auch § 126!), 3. daß aus § 54 HGB. hervorgeht, daß im Sinne der Reichsgesetze Geschäftsführung nicht notwendig auch die Prozeßführung umfaßt. In der Tat ist sie etwas Außergewöhnliches und z. B. auch nicht in der Schlüsselgewalt (§ 1357 BGB.) enthalten. Ich bestreite nicht, daß die Befugnis zu ihr in der Übertragung der Geschäftsführung liegen kann, aber ich bestreite, daß dies z. B. anzunehmen ist, wenn die Anschaffung und Verwertung der Bücher eines Lesekränzchens und die Besorgung einer sonstigen Angelegenheit einem Gesellschafter übertragen ist, oder wenn sich eine Reisegesellschaft mit einem Reisemarschall bildet.

[7]) BGB. § 1450, vgl. o. § 123[7]. — Die Schlüsselgewalt der Frau (§ 1357) umfaßt die Prozeßführung nicht. So auch Gaupp-Stein, Erl. III a. E. zu § 80.

[8]) Vgl. o. § 123[5]. Ähnliche Bestimmungen finden sich in anderen Reichsgesetzen.

[9]) Arg. ZPO. § 173, der zeigt, daß die Generalvollmacht sich auf die Prozeßführung erstreckt. Ist die Befugnis zur Prozeßführung nicht in der Vollmacht enthalten (d. h. ausgeschlossen), so ist sie keine Generalvollmacht im Sinne des Prozeßrechts. — Vgl. Pfizer bei Gruchot 27 215 f.

[10]) Nicht hierher zu zählen ist der Fall des § 886 HGB., weil der Versicherungsnehmer suo nomine handelt (ROHG. 10 S. 130, 14 Nr. 43, RG. in Seuff. Arch. 45 Nr. 269, vgl. dazu Hellwig, Verträge 576 f., Müller-Erzbach, Mittelbare Stellvertretung [1905]). Über das Prokuraindossament vgl. o. S. 308[4].

[11]) So zutreffend RG. 41 S. 264/5 bezüglich der Generalvollmacht (Fortbestehen, wenn sie vom Vormund erteilt ist und das Mündel volljährig wird?).

[12]) Vgl. u. 128 II, 2 (S. 415 f.).

Beruht z. B. die prozessuale Vertretungsmacht auf dem Gesellschaftsvertrag (I, 4), so ist dieser vorzulegen. Ebenso ist im Falle I, 5 der Ehevertrag und die Verhinderung nachzuweisen, im Falle I, 1 die Prokuraerteilung (Auszug aus dem Handelsregister).[13]) Vermag der Vertreter diesen Nachweis nicht zu erbringen,[14]) so muß er eine Vollmachtsurkunde des Vertretenen beibringen, und bis dahin kann er nur versuchen, ob er gemäß § 89 provisorisch zugelassen wird. Zeugenbeweis ist hinsichtlich der Vollmachtsfrage auch in unseren Fällen ausgeschlossen.

2. Das Erlöschen der Vertretungsmacht bestimmt sich nicht nach § 87, sondern nach dem bürgerlichen Recht.[15])

3. Für den Umfang der Vollmacht sind §§ 80/3 nur analog anwendbar.[16]) Die in dem Ausschluß der Beschränkbarkeit noch weiter als § 83 I gehende Vorschrift des § 49 HGB. verleiht dem Prokuristen schlechthin die Vertretungsmacht zu allen Prozeßhandlungen, zum Vergleich auch in materiellrechtlicher Beziehung. Anderseits aber gibt die Kollektivprokura auch nur Kollektivvertretungsmacht für den Prozeß (im Gegensatz zu ZPO. § 84). Die Bevollmächtigten unserer Art sind nicht Prozeßbevollmächtigte im Sinne des § 176; die Zustellungen können also, solange nicht ein „Prozeßbevollmächtigter" bestellt ist, an die vertretene Partei selbst geschehen.

§ 128.

c) Die Bevollmächtigung zur Prozeßführung (Inhalt, Bewirkung und Nachweis).

Bevollmächtigung kann sowohl den ganzen Tatbestand, der zur Erzeugung der Vertretungsmacht gehört, als auch nur den Inhalt der Erklärung bezeichnen, die zu jenem Tatbestand gehört.

I. Die Bevollmächtigung nach ihrem Inhalt.

1. Vollmacht heißt diejenige Vertretungsmacht, die auf Einräumung (des Vertretenen oder seines dazu legitimierten Vertreters) beruht, anderseits aber auch die Vollmachtsurkunde.[1]) Solche Urkunde beweist nicht etwa

[13]) Für die Fälle dieser Art ist es richtig, daß der Nachweis nicht überall notwendig in einer von der Partei unterzeichneten Urkunde zu bestehen braucht. Vgl. S. 416.

[14]) So z. B., wenn der Gesellschaftsvertrag nur mündlich oder in einer Privaturkunde geschlossen war. [15]) Vgl. u. § 132.

[16]) Das heißt: Wer eine umfassendere Vollmacht, die zur Prozeßführung befugt, erhalten hat, ist zu allen in §§ 81/2 bezeichneten Handlungen befugt und kann nur in dem Umfange des § 83 beschränkt werden.

[1]) So spricht die ZPO. einerseits von dem „Umfang der Vollmacht" (§ 83) und von ihrer „Aufhebung", anderseits aber in § 80 von der Abgabe der „schriftlichen Vollmacht". Im BGB. findet sich derselbe auch im Verkehr zu beobachtende Sprachgebrauch (§ 1945), obwohl der § 164 II die Vollmacht als die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht definiert und das Gesetz in der Regel von Vollmachtsurkunden spricht (z. B. § 172).

nur die *anderweit* abgegebene Erklärung, sondern sie *enthält* sie; sie *verkörpert* sie und beweist den Inhalt der Bevollmächtigungserklärung durch den Augenschein.[2]) So wird denn Vollmacht auch im Sinne dieser Erklärung gebraucht, z. B. in § 84^{2} („abweichende *Bestimmung* der Vollmacht").

2. *Inhaltlich* ist die prozessuale Bevollmächtigung die Einräumung der prozessualen Vertretungsmacht, also eine *Ermächtigung* des Inhalts, daß von dem bezeichneten Dritten und ihm gegenüber an Stelle und *im Namen* des Vertretenen[3]) zum Zwecke der Begründung oder Weiterentwicklung des Prozeßverhältnisses gehandelt werden kann. Die Bevollmächtigung ist die Erklärung, daß das, was der Vertreter tun oder was ihm gegenüber geschehen wird, für und gegen den Vollmachtgeber **wirksam** *sein soll*,[3a]) und sie ist scharf zu unterscheiden von der Anweisung an den Vertreter über das, was er tun soll. Die Bevollmächtigung richtet sich stets und ausschließlich auf die Zukunft, ist also eine Einwilligung im Gegensatz zu der Genehmigung von Handlungen, die ein Vertreter ohne Vertretungsmacht bereits vorgenommen hat. Ein Seitenstück der Bevollmächtigung ist die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters.[4]) Letztere steht unter besonderen Regeln. Aber auch sie ist Ermächtigung: Einräumung der Vertretungsmacht. Nur geht sie nicht von dem Vertretenen, sondern von obrigkeitlicher Seite aus, der kraft Gesetzes die Befugnis zu jener Ermächtigung zusteht. Ebenso steht unter besonderen Regeln die Bestellung des Vorstandes eines Vereins. Sie ist *privatrechtlicher* Akt, und zwar Akt eines anderen Organs des zu vertretenden Vereins, ist aber trotzdem nicht nach den Regeln über die Bevollmächtigung zu beurteilen.

Eine prozessuale Ermächtigung, aber keine Bevollmächtigung ist

α) die Einwilligung zu Prozeßhandlungen, die der Ermächtigte im *eigenen* Namen vornehmen soll;[5])

β) die Ermächtigung zur bloßen Übermittelung einer Erklärung des Ermächtigenden;.[6])

---

[2]) Sie ist eine sog. Dispositivurkunde (wie z. B. der Wechsel), nicht nur eine Beweisurkunde. Vgl. u. Note 43. Die Existenz der Urkunde beweist aber trotz § 416 nicht die Abgabe in dem Sinne, daß der Aussteller die in der Urkunde niedergelegte Erklärung an ihre Adresse hat gelangen lassen.

[3]) Über dieses das Wesen der Vertretung ausmachende Merkmal vgl. o. § 120 S. 347 f.

[3a]) Die Bestellung eines Beistandes ist heute (§ 90 II) nur eine besondere Art der Einräumung der Vertretungsmacht, ausgezeichnet durch ihren Umfang und durch die freie Widerruflichkeit der Wirkung des vom Beistand Vorgebrachten. Vgl. u. § 134.

[4]) Es gibt auch gesetzliche Vertreter, die nicht bestellt werden (elterliche Gewalt).

[5]) Über das Anwendungsgebiet dieser Rechtsfigur (z. B. BGB. § 1400) vgl. o. § 122 S. 363 f. Hier kann die Ermächtigung nur *indirekt* und akzessorisch Einfluß auf die Rechtsverhältnisse des Ermächtigenden haben.

[6]) Dann ist der Dritte Bote. Dieser soll keinen Einfluß auf den *Inhalt* der Erklärung haben; er übermittelt die fertige Erklärung des Absenders. Vgl. o. § 121 I.

γ) die „Ermächtigung" (§ 167) an den Gerichtsvollzieher, für die Partei eine Zustellung vorzunehmen.[7])

Alle diese prozessual in Betracht kommenden Ermächtigungen von Privaten haben das gemeinsam, daß der Beteiligte einem Dritten die Befugnis einräumt, durch Vornahme von Rechtshandlungen auf die Rechtsverhältnisse des Ermächtigenden gemäß der Ermächtigung einzuwirken.[8]) Das unterscheidende Merkmal liegt in der Art der Einwirkung: Der Bevollmächtigte soll vertretungsweise (in dem bei Note 3 bezeichneten Sinne) handeln; die anderen Ermächtigten tun dies nicht. Die Bevollmächtigung kann mit einer anderen Ermächtigung Hand in Hand gehen.[9]) Sie kann auch mit der Vollmacht zu privatrechtlichen Geschäften verbunden werden,[10]) ist aber in der Vollmacht zu letzteren noch nicht enthalten.[11])

Privatrechtlich tritt an die Stelle der zu α) bezeichneten Ermächtigung die Ermächtigung (BGB. § 185 I: „Einwilligung") zur Verfügung über fremde Vermögensrechte. Es kommt noch hinzu die ohne Einräumung eines dinglichen Rechts erfolgende Ermächtigung zur Vornahme von rein tatsächlichen Maßnahmen (Gebrauch und Verbrauch fremder Sachen, Verarbeitung usw.). Ob der Vertrag auf Leistung an einen Dritten, der kein Recht auf die Leistung gewinnt (solutionis causa adiectus), und die Anweisung als eine weitere besondere Form der Ermächtigung oder nur als eine unter Umständen (BGB. § 783) mit gewissen Eigentümlichkeiten ausgestattete Form der Vollmacht aufzufassen seien,[12]) ist streitig.

Noch in einer anderen Form kommt die Ermächtigung vor, nämlich als die Ermächtigung, die der beschränkt Geschäftsfähige von seinem gesetzlichen Vertreter zum Handeln in eigenen Angelegenheiten und mit Wirkung nur für diese erhält. Das BGB. bezeichnet diese Art der Ermächtigung in der Regel als Einwilligung (§ 108); in den Fällen der §§ 111, 2, wo sie nicht nur die Fähigkeit zu einzelnen Geschäften, sondern partiell die Stellung eines Volljährigen gewährt, wird sie Ermächtigung genannt. Dadurch sind wir nicht gehindert, den Ausdruck in dem ihm

[7]) Vgl. o. § 121 II.

[8]) Den Gegensatz bilden die Fälle, wo zwar ein Dritter die Macht hat, durch seine Rechtshandlung einen Einfluß auf die fremde Rechtssphäre zu üben, aber nicht kraft der Einräumung des Betroffenen und nicht kraft einer in dessen Interesse vom Gesetz gegebenen Vorschrift, sondern lediglich zum Schutz des gutgläubigen Verkehrs und so, daß die Rechtshandlung objektiv sich als eine rechtswidrige darstellt und auch als solche von Bedeutung werden kann. Jeder zur Einwirkung auf eine fremde Rechtssphäre Befugte hat die Macht dazu. Aber nicht jeder, der diese Macht hat, ist zu ihrem Gebrauche befugt. In diesem Sinne sprachen wir o. Bd. 1 § 39 II, 2 von bloßer Verfügungsmacht und Bd. 1 § 23 III, 4 c, §§ 53/6 von bloßer Prozeßführungsmacht. So ist auch eine Vertretungsmacht möglich, die nicht Vertretungsbefugnis ist, so z. B. in den Fällen BGB. §§ 170, 2, wo die (bloße) Vertretungsmacht (in unserem Sinne) im Interesse des gutgläubigen Dritten fortbesteht, obwohl die Vertretungsbefugnis erloschen ist. Die Ausdrucksweise des Gesetzes ist anders; sie ist unbrauchbar, weil sie unlösbare Widersprüche enthält, vgl. § 171 I mit § 173, und besonders § 170 (die erloschene Vollmacht bleibt in Kraft!).

[9]) Z. B. mit der Ermächtigung, als Bote zu dienen, vgl. u. S. 413 f.

[10]) Vgl. o. § 127 und u. § 130.

[11]) So liegt in der Ermächtigung zur Einkassierung einer Schuld noch nicht die Vollmacht zur Einklagung.

[12]) Für das letztere Lenel, Iherings Jahrb. 36 16 f., Hellwig, Verträge 92 f., 100, Lent, Die Anweisung als Vollmacht (1905). Anders die herrschende Meinung.

zukommenden allgemeineren, in der ZPO. (§§ 167, 181) üblichen Sinne zu verwenden.[13])

3. Die Bevollmächtigung ist scharf zu scheiden

a) von denjenigen Prozeßhandlungen, die der Bevollmächtigte seinerseits vornehmen soll. Wie durch die Erteilung der privatrechtlichen Vollmacht noch keine Änderung in der Vermögenslage herbeigeführt wird, wie diese Änderung vielmehr erst durch das vertretungsweise vorzunehmende Rechtsgeschäft (Hauptgeschäft) eintritt, so kann auch erst die Prozeßführung des Prozeßbevollmächtigten die Entstehung des Prozeßverhältnisses und neue Rechtslagen in dem entstandenen Prozeßverhältnisse herbeiführen. Aber wie trotzdem die zivile Bevollmächtigung ein Rechtsgeschäft ist, so ist sicher auch die prozessuale eine Prozeßhandlung. Sie unterscheidet sich von den anderen Prozeßhandlungen, die der Prozeßführung im engeren Sinne dienen, nur dadurch, daß sie präparatorisch ist.[14])

Weil sie Prozeßhandlung ist, erfordert sie, daß die bevollmächtigende Partei prozeßfähig bzw. der Vertreter, der in ihrem Namen bevollmächtigt, zur Prozeßführung legitimiert ist.[15]) Deshalb steht sie auch unter den Regeln des Prozeßrechts bezüglich ihrer sonstigen Voraussetzungen, ihrer Wirkung und ihres Erlöschens.[16]) Aber natürlich finden auf sie keine Anwendung die Vorschriften, die nach ihrem Inhalt nur für diejenigen Prozeßhandlungen gelten, die die Prozeßführung in dem oben bezeichneten engeren Sinne bezwecken.[17])

b) Die Bevollmächtigung ist ferner zu unterscheiden von dem Rechtsgeschäft, welches das interne Rechtsverhältnis herstellt, nach dem sich die Rechte und Pflichten des Bevollmächtigten gegenüber dem Vollmachtgeber bestimmen. Ein solches Rechtsgeschäft kann nur Vertrag sein.[18]) In den weitaus meisten Fällen geht mit seinem Abschluß die Erklärung der Bevollmächtigung Hand in Hand, und vielfach decken sich beide auch hinsichtlich dessen, was der Vertreter tun soll. Aber notwendig ist dies keineswegs, was sich besonders bei der passiven Vertretung zeigt.[19]) Man kann bereits

---

[13]) Auf die Vernachlässigung des Begriffs der Ermächtigung macht Bekker, Jherings Jahrb. 49 3 f. aufmerksam.

[14]) In gelegentlichen Bemerkungen sagt RG. 17 S. 400 und 44 S. 360, die Bevollmächtigung sei keine Prozeßhandlung, was nur richtig ist, wenn an den Gegensatz zu den Prozeßführungshandlungen (s. den Text) gedacht wird. Skonietzki-Gelpcke, Erl. 1 a. E. zu § 81 leugnen den Charakter als Prozeßhandlung, weil die Bevollmächtigung weder dem Gericht noch dem Gegner gegenüber vorgenommen werde (! vgl. S. 412 f.). Die Prozeßvollmacht umfaßt die Befugnis zur Substitution. Und ihre Einräumung selbst sollte keine Prozeßhandlung sein? Für den Charakter als Prozeßhandlung auch RG. 56 S. 337.

[15]) Vgl. darüber o. S. 403.

[16]) Dies wird vielfach verkannt. Nach Kohler, Encycl. 2 89 „gelten für die Vollmacht die Grundsätze des bürgerlichen Rechts". Vgl. o. § 120 a. E. (S. 353).

[17]) Über Anwaltszwang s. o. S. 399 f.

[18]) Vgl. hierüber näher o. S. 352 3.

[19]) Vgl. näher u. S. 411 f. Den Nachweis des Gegenteils sucht v. Seeler, Arch. f.

Bevollmächtigter sein, ehe das Vertragsverhältnis vorhanden ist, und man kann es noch sein, obwohl dieses erloschen ist.[20]) Gerade bei der Prozeßvollmacht ist die rechtliche Unabhängigkeit des Vollmachtsverhältnisses von dem internen Verhältnis besonders deutlich; bei ihr ist es noch viel schärfer als bei der Vollmacht des BGB. ausgeprägt, daß es sich hierbei nicht um zwei Seiten eines Verhältnisses,[21]) sondern um zwei nach Entstehung und Wirkung durchaus verschiedene Verhältnisse handelt.

II. Vollziehung der Bevollmächtigung.

Die Bevollmächtigung ist einseitige Erklärung.[22]) Ihr Adressat[23]) ist das Gericht und der Gegner, soweit die Vertretungsmacht für ihn direkt von Bedeutung ist,[24]) nicht aber der Vertreter.[25])

Beide Sätze stehen im engsten Zusammenhang. Sie ergeben sich aus der rechtlichen Bedeutung der Bevollmächtigung und werden, obwohl die ZPO. sie nicht allgemein ausspricht, durch eine Reihe von einzelnen Vorschriften bestätigt.

1. Die **Einseitigkeit** der Vollmachtserteilung wurde so lange verkannt, als man Mandat und Vollmacht nicht auseinander hielt. Jetzt ist sie für die zivile Vollmacht durch § 167 und besonders § 174[2] außer Zweifel gestellt. Hinsichtlich der prozessualen hätte ein Zweifel angesichts der sogleich näher zu besprechenden §§ 87, 175 gar nicht bestehen sollen. Ist die Vollmachtserklärung an ihre richtige Adresse gelangt, so ist die Vollmacht vorhanden. Sie ist empfangsbedürftig, aber nicht annahmebedürftig.

---

d. R. 28 1 f. zu führen. Nach v. Seeler kann jede Vollmacht nur durch Vertrag entstehen und ist nur insoweit vorhanden, als vertragsmäßig die Handlungsbefugnis eingeräumt ist. Sonst könne nur von Scheinvollmacht die Rede sein (zum Schutz gutgläubiger Dritter). v. Seeler verwechselt m. E. Können und Dürfen, Einräumung einer fiduziarischen Rechtsmacht und Erweckung des Scheines, als ob eine solche vorhanden sei. Vgl. im übrigen o. S. 352/3 und u. §§ 130, 132,3.

[20]) Über den heftigen Streit, ob die Vollmacht ein abstraktes oder kausales Geschäft sei, bemerke ich hier nur folgendes. Sie ist m. E. weder das eine noch das andere. Die ganze Einteilung paßt auf sie ebensowenig, wie auf Wahl, Anfechtung, Kündigung, Mahnung usw.; sie bezieht sich nur auf solche Geschäfte, die eine Zuwendung oder das Versprechen einer Leistung enthalten. Der § 168 BGB., der von dem der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse spricht und den Streit entfacht hat, bezieht sich nur auf das Erlöschen der Vollmacht und gilt auch in dieser Beziehung für die Prozeßvollmacht nicht (vgl. u. §§ 133/4). Für diese kann es gar nicht zweifelhaft sein, daß sie keinenfalls ein kausales Geschäft (in dem Sinne, in dem man es mit Rücksicht auf § 168[1] BGB. behauptet) sein kann.

[21]) Dies ist noch die Auffassung der Motive zum Entwurf, die von dem Vollmachtsvertrag sprechen, ein Ausdruck, der auch in das Gesetz übergegangen ist (§ 87), ohne seinen Inhalt zu beeinflussen und ohne uns an der richtigen dogmatischen Auffassung und ihrer Durchführung hindern zu können.

[22]) Vgl. schon Wach I 570 1, Planck I 228. Dagegen sagt noch Wetzell 81, die Bestellung des Prokurator erfolge durch Mandat.

[23]) Über die gesetzliche Vertretung vgl. u. S. 414.

[24]) Das ist unter dem Grundsatz des Parteibetriebs die Zustellung und Ladung.

[25]) Anders ist es bei der Einwilligung zu Verfügungen und zu Prozeßführungen, die der Ermächtigte im eigenen Namen vornehmen soll. Hier ist der Ermächtigte der richtige Adressat, vgl. o. Bd. 1 § 53 III, § 56 III, 2.

Ist sie in gehöriger Form erfolgt und ist der Bezeichnete zur Vertretung fähig, so kann das Gericht ihn nicht zurückweisen, der Gegner also seine Zurückweisung nicht verlangen. Seitens des Bevollmächtigten ist die Bevollmächtigung einer Annahme nicht bedürftig, ja nicht einmal fähig. Den Auftrag, der zweifellos an ihn zu richten ist (genauer: den Antrag, mit dem Vollmachtgeber in ein Auftrags- oder sonstiges Vertragsverhältnis einzutreten), kann er natürlich ablehnen,[26]) aber nicht die Vollmacht. Er kann seinerseits in Untätigkeit verharren, aber trotz seiner Zurückweisung bleibt er Bevollmächtigter, so daß z. B. eine Zustellung an ihn trotzdem die volle Wirkung gegenüber dem Vollmachtgeber hat.

2. Der Adressat der Bevollmächtigungserklärung.

a) Bezüglich der Frage, an **wen** die Vollmachtserteilung zu richten ist, ist zu erwägen, daß die Partei sich allerdings mit dem Vertreter in Verbindung setzen muß, wenn sie **ihn** zu einer Handlung in ihrem Interesse veranlassen und verpflichten will. Aber das hat Bedeutung nur für das Innenverhältnis. Die Bedeutung der Bevollmächtigung als Einräumung der Vertretungsmacht liegt darin, daß sie das Gericht und den Gegner berechtigen und verpflichten soll, den Vertreter als Bevollmächtigten zu behandeln.[27]) Im Prozesse handelt es sich um einseitige Erklärungen, die der Vertreter an das Gericht und an den Gegner richtet, um dadurch das Prozeßverhältnis der von ihm vertretenen Partei zu gestalten. Das Gericht soll auf Grund seiner Prozeßführung das Urteil und sonstige Entscheidungen auf den Namen der vertretenen Partei fällen; der Gegner soll gezwungen werden, seine Erklärungen als für und gegen diese Partei wirksame Erklärungen zu behandeln und seinerseits die Zustellungen an den Vertreter als den Prozeßbevollmächtigten zu bewirken (§ 176).

α) Das BGB. sagt in § 167, daß die Bevollmächtigung durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten erfolge. Aber dies wird in § 174 für alle einseitigen Rechtsgeschäfte — nur die Parallele mit diesen kommt für uns in Betracht — näher ergänzt und gehörig bestimmt durch die Vorschrift, daß der andere Teil die Erklärung nur dann gelten lassen muß, wenn ihm die Bevollmächtigung direkt oder dadurch erklärt wird, daß der Vertreter ihm bei Vornahme des Geschäfts eine Vollmachtsurkunde vorlegt.[28]) Das heißt aber nichts anderes, als daß der Dritte der wahre Adressat der Bevollmächtigung ist. Die Erklärung

---

[26]) Eine Ausnahme gilt bei dem beigeordneten Rechtsanwalt (RAO. §§ 33/4). — Von der Annahmepflicht ist die Antwortspflicht zu unterscheiden, die sich aus BGB. § 663 und RAO. § 30 ergibt.

[27]) Diese zwiefache Richtung ist für die prozessuale Vollmacht charakteristisch, vgl. Note 24 und S. 415/6.

[28]) Dies ist von mir näher in ZZP. 29 523f. dargelegt. Die herrschende Ansicht betrachtet die beiden in § 167 bezeichneten Erklärungen trotz § 174 als vollkommen gleichwertig.

an den Vertreter ist nicht etwa bedeutungslos, aber wirkliche Vertretungsmacht erhält er dann erst dadurch, daß er — als Bote — dem Dritten die Bevollmächtigungserklärung mitteilt.

β) Noch mehr muß dies im Prozesse gelten. Das hatten schon die Römer erkannt. Die vollwirksame Ermächtigung des Prozeßvertreters konnte ursprünglich nur durch eine in iure an den Gegner gerichtete feierliche Erklärung geschehen, und der Prozeßführer hieß dann cognitor.[29]) Wer ex solo mandato absente adversario zum Prozeß veranlaßt wurde, war nicht legitimiert; er stand dem negotiorum gestor gleich.[30]) Erst später wurde der procurator als legitimierter Prozeßvertreter behandelt, aber nur dann, wenn er (ohne feierliche Formel) zu Protokoll oder durch schriftliche Vollmacht legitimiert wurde.[31])

Der Standpunkt unserer ZPO. kommt in zwei Vorschriften zum klarsten Ausdruck.

aa) Nach § 87 I und § 244 I ist es zweifellos, daß sowohl die Entziehung als auch die Bestellung eines neuen Anwalts durch „Anzeige" geschieht und daß die ihm selbst gegenüber abgegebene Erklärung (auch die Einhändigung der Vollmachtsurkunde) ihn noch nicht in die Stellung des Prozeßbevollmächtigten einrücken läßt, solange jene Akte intern geblieben sind.[32])

bb) Über die Frage, an wen die „Anzeige" erfolgen muß und in welcher Form sie zu geschehen hat, damit das Gericht und der Gegner sie beachten müssen und beachten dürfen, gibt für den speziellen Fall der Zustellungsvollmacht der § 175 ZPO. (vgl. ZVG. § 4) zuverlässige Auskunft. Danach wird sie erteilt

entweder durch „Benennung bei der mündlichen Verhandlung" [33])

oder durch Benennung in einem zugestellten Schriftsatz, von dem, wie auch sonst, dem Gericht eine Abschrift mitzuteilen ist.

Tertium non datur. Die Zustellung wird im Prozesse gefordert, weil der Gegner schon wegen des Beginns der Rechtsmittelfristen das größte

---

[29]) Gai. IV § 83. Über den Unterschied der Stellung des cognitor gegenüber dem heutigen Vertreter s. o. S. 364,5. [30]) Gai. IV § 84.

[31]) § 3 J. 4, 11. Besonders deutlich wird der richtige Gesichtspunkt in l. 65 D. 3, 3 entwickelt: will der Vertretene den procurator gehörig legitimieren und von der cautio de rato befreien, so muß er literas suas ad adversarium dirigere.

[32]) Die Korrespondenz zwischen der Form der Gewährung und Entziehung der Vollmacht entspricht der Natur der Sache. Die ZPO. ist hier folgerichtiger als das BGB., vgl. u. § 133 II (S. 463).

[33]) Solche Benennung, zu der auch im Falle des § 174 der Prozeßbevollmächtigte befugt ist (arg. § 81), wirkt gegenüber dem Gegner auch dann, wenn er bei der Verhandlung nicht zugegen war, aber nicht etwa deshalb, weil er sie kennen müßte, sondern nach einem allgemeinen Prinzip der ZPO. Der Ausgebliebene handelt auf seine Gefahr, wenn er das, was bisher vor Gericht geschehen ist, nicht zur Kenntnis nimmt, was er ja durch Akteneinsicht oder durch Erbittung einer Abschrift des Protokolls leicht tun kann. Dieses beweist hier die mündlich geschehene Bevollmächtigung. Vgl. o. Note 2 und u. Note 42/4 mit Text.

Interesse daran hat, die Anzeige in einer solchen Form zu erhalten, daß er ihre Erstattung und ihr Datum leicht und sicher beweisen kann.[34])

Erst solche Benennung (sie aber auch schlechthin) macht den Benannten zum Bevollmächtigten. Die Partei mag sich mit ihm in Verbindung setzen, damit er ihr Interesse wahre. Für den Gegner, d. h. für die Vertretungsfrage, ist es irrelevant, ob es geschehen ist. Der Zustellungsbevollmächtigte braucht nicht einmal zu wissen, weshalb die Zustellung an ihn geschehen ist. Anderseits aber ist sie unwirksam, wenn der Gegner sie vornimmt, nachdem er zufällig erfahren hat, daß die Partei mit dem Dritten Rücksprache genommen und dieser sich damit einverstanden erklärt hat, die zuzustellenden Schriftstücke in Empfang zu nehmen. Trotz der Rücksprache hat die Partei immer noch die Möglichkeit, die Bestellung zum Bevollmächtigten zu unterlassen.

Was für die Adresse und die Form der Zustellungsvollmacht vorgeschrieben ist, ist keine Besonderheit derselben. Es fließt aus dem richtig verstandenen Wesen der Vollmacht und gilt um so mehr für die Prozeßvollmacht, die außer zum Empfang der Zustellung zu eigenen Prozeßhandlungen befugen soll.

Die nur an den (künftigen) Vertreter gerichtete Erklärung der Bevollmächtigung ist nicht etwa ohne jede Bedeutung, aber sie erzeugt noch nicht die Vertretungsmacht in dem Sinne, daß nun das Gericht und der Gegner (bei Ladungen und Zustellungen) schon berechtigt und verpflichtet wären, den Vertreter als solchen zu behandeln. Vertretungsmacht ist aber nur dann vorhanden, wenn dies zutrifft. Durch Erklärung an den Vertreter ist sie im Entstehen, aber entstanden ist sie noch nicht. Der erforderliche Tatbestand der Bevollmächtigung ist noch nicht vollkommen und der Vertreter ist noch nicht Bevollmächtigter, solange nicht die Erklärung in wirksamer Weise an das Gericht, oder, soweit es sich nur um den Gegner handelt, an diesen gelangt ist. So gut nun der Vollmachtgeber zu dieser Erklärungsübermittlung die Post oder einen anderen Boten benutzen kann, so gut kann er dazu den Vertreter selbst ermächtigen. Und diese Ermächtigung liegt stets darin, daß er ihn zum Handeln als Vertreter anweist. Sobald dieser als Bevollmächtigter[35]) handelt, gibt er Kunde von der Vollmachtserklärung und verschafft dieser durch solche „Anzeige" (§ 244 I)

---

[34]) Der bürgerliche Verkehr steht nicht unter so strengen Regeln. In analogen Situationen muß sich der Gegner mit der direkten mündlichen Anzeige oder mit der einfachen Vorlegung einer zu diesem Zwecke ausgestellten Urkunde begnügen (BGB. §§ 174, 410 I, 2, II). Aber im Prozesse braucht man sich mit einer brieflichen oder gar mündlichen Anzeige nicht zu begnügen. Das ist hier (§ 175) zweifellos. Vgl. u. S. 416, bes. Note 48.

[35]) Es ist nicht nötig, daß er sich ausdrücklich gerade als „Bevollmächtigten" bezeichnet. Nach der Verkehrssitte sagt er dasselbe, wenn er sich als „Vertreter" der Partei bezeichnet, es sei denn, daß er hinzufügt, er handle unbefugtermaßen (vollmachtslos, „als Geschäftsführer ohne Auftrag", wie § 89 I sagt).

die volle Wirksamkeit. Für die juristische Beurteilung ist diese Kundgabe die Tätigkeit des **Boten** des Vollmachtgebers;[36] er übermittelt also dessen Erklärung, die erst dann Wirkung hat und die aktive **und passive** Vertretungsbefugnis schafft, wenn sie an ihre wahre Adresse gelangt ist.[37]) Ganz anders ist die Tätigkeit desjenigen zu beurteilen, der als **gesetzlicher** Vertreter auftritt. **Seine** Vertretungsmacht beruht zwar auch auf Ermächtigung, aber diese vollzieht sich anders. Der Vormund **ist** gesetzlicher Vertreter durch seine Ernennung. Es ist jedermann möglich, bleibt ihm aber auch überlassen, sich über die Existenz eines gesetzlichen Vertreters durch Nachfrage beim Vormundschaftsgericht, durch Einsicht des Vereins- und Handelsregisters usw. zu vergewissern. Trete ich als Vormund im Prozesse auf und lege ich meine Bestallung vor, so hat dies eine ganz andere Bedeutung. Damit weise ich allerdings nur eine Tatsache nach, die **als solche** schon volle Vertretungsmacht gegeben hat.[38])

b) Mit der dargelegten prinzipiellen Auffassung der Bevollmächtigung und der Tätigkeit des Bevollmächtigten als des Überbringers der Erklärung des Vollmachtgebers harmonieren auch die Vorschriften des § 80 über den „Nach-

---

[36]) Vgl. o. § 121 I. Die Bevollmächtigung ist begrifflich Erklärung des Vollmachtgebers. Ein anderer als er kann sie **überbringen**, aber nicht vertretungsweise **abgeben** (hinsichtlich seiner eigenen Rechtsstellung). — Hupka, Haftung 133, 137 meint, die Erklärung des Vertreters sei „**Rechtserklärung**", „rechtsgeschäftsähnliche Erklärung". Er trennt dabei nicht seine Prozeßhandlung und die Erklärung, bevollmächtigt zu sein, und nicht die Wirkung, die seiner Angabe, bevollmächtigt zu sein, nach ihrem Inhalte oder dann zukommt, wenn sie falsch ist (§ 179 BGB.).

[37]) Dies ist die von Lenel, Iherings Jahrb. **36** 1 f. begründete, von mir in ZZP. **29** 520 f. für das Prozeßrecht verwertete Auffassung. (Die Erklärung an das **Gericht** ist in meiner Ausführung nicht gebührend hervorgehoben und gewürdigt; ich bekenne, in **dieser** Beziehung noch in privatrechtlicher Denkungsweise befangen gewesen zu sein.) Lenel haben zugestimmt Kipp bei Windscheid 1 § 74 [2a], v. Thur, Krit. VJSchr. **44** 549, Hellmann, ZZP. **31** 375 f. (unter Widerlegung von Schloßmann, Stellvertretung 2 451 f.). Gegen diese Auffassung bes. Hupka, Vollmacht (1901) und Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht (1903) 131 f. (vgl. dazu o. Note 36 und 38) und v. Seeler, Arch. f. b. R. 29 12 f. (vgl. o. Note 19). Eccius bei Gruchot **47** 210 bemerkt richtig, daß nach BGB. das bloße Auftreten des wirklich Bevollmächtigten als angeblichen berechtigten Vertreters mit den Wirkungen berechtigter Vertretung ausgestattet sei, ohne daß eine **Botschaft** zutage getreten zu sein brauche. Damit, glaubt er, sei der Lenel'schen Auffassung der Boden entzogen. Das kann ich nicht einsehen. Ob der Handelnde als Bote oder Vertreter zu qualifizieren ist, ist eine Frage der juristischen Beurteilung. — Wach I 571 lehrt, daß der Anwalt schon dann Vollmacht habe, wenn sie ihm erklärt sei. Die Äußerung von Gaupp-Stein, Erl. I Nr. 3 zu § 176 (richtig) steht nicht im Einklang mit Erl. I zu § 80 (Gericht, Gegner **oder Vertreter**).

[38]) Diesen Unterschied verkennt Hupka, Haftung des Vertreters S. 133[2], der der Kundgabe der Bevollmächtigung nur dieselbe Bedeutung beilegen will, wie der Kundgabe der gesetzlichen Vertretungsmacht durch den Vormund usw. Beidemal soll es sich um eine Aktion handeln, die nur die „gegenwärtige Beachtlichkeit" der Vertretungsmacht bedinge. Vgl. auch Note 36. Will man eine Parallele mit dem Vormund ziehen, so muß man nicht an seine Ernennung, sondern an die „Genehmigung" (= Einwilligung bei Privaten) des Vormundschaftsgerichts zu einem **einzelnen** Rechtsgeschäft denken. Bei dieser ist es zweifellos, daß die Erklärung an den Vormund nur die Wirkung hat, daß dieser dadurch ermächtigt wird, die Genehmigung dem anderen Teil „mitzuteilen" (BGB. §§ 1828/9), s. o. S. 389 bei Note 37.

weis" der Bevollmächtigung. Diese sind keineswegs erschöpfend. Sie betreffen die häufigste Art und Weise der Mitteilung der Bevollmächtigung, aber nicht die einzige.

α) Allgemein anerkannt[39]) ist, daß die Prozeßvollmacht dann vorhanden ist,[40]) wenn die Partei vor Gericht erscheint und hier die Erklärung der Bevollmächtigung abgibt.[41]) Das wird protokolliert. Aber es ist eine nicht zutreffende Auffassung, wenn man meint, damit schaffe das Gericht (der Gerichtsschreiber) eine Urkunde im Sinne des § 80 (S. 416) und ermögliche es dem Vertreter, durch sie der Nachweisungspflicht des § 80 zu genügen.[42]) Vielmehr wird schon durch die mündliche Abgabe der Erklärung die Bevollmächtigung vollzogen. Die Protokollierung dient lediglich dem Zwecke, den Beweis dieses Vorgangs für die Zukunft sicher zu stellen.[43]) Gleichwertig wird dieser Beweis durch eine Angabe im Tatbestande des Urteils[44]) erbracht und ist auch in sonstiger Weise zu erbringen.

Das Ausgeführte ist nur eine Verallgemeinerung dessen, was § 175 für die Zustellungsvollmacht sagt.[45]) Zivilrechtlich ist analog (nicht: gleich) die Vorschrift des § 174 ² BGB.

β) Die Partei kann die Vollmachtserklärung nicht nur mündlich vor Gericht abgeben, sondern auch in Schriftform bei ihm einreichen[46]) oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklären. Nach dem Grundsatz des Parteibetriebes ist es für den Gegner von großer Wichtigkeit, zu wissen, ob ein Prozeßbevollmächtigter vorhanden ist und wer es ist. Denn er hat danach die Adresse von Zustellungen und Ladungen zu bestimmen (§§ 176, 179). Daraus folgt, daß jene außerhalb der mündlichen Verhandlung[47]) durch Erklärung an das Gericht vollzogene Bevollmächtigung zwar vom Gericht zu beachten ist, von dem Gegner aber erst dann beachtet zu

---

[39]) Die Motive zu Entw. § 74 sagen, der im Text folgende Satz, der in früheren Prozeßordnungen und Entwürfen sich fand, dürfe übergangen werden. Vgl. auch RG. in JWSchr. 1900 S. 529 Nr. 24 und bei Gruchot 44 1175.

[40]) Ich wiederhole: Eine Vertretungsmacht, die man als vorhanden bezeichnet, die aber nach außen nicht anerkannt zu werden braucht und nicht beachtet werden darf, ist keine Vertretungsmacht.

[41]) Vgl. o. Note 29, 31 über den cognitor und den procurator apud acta factus. — Diese Art der Bevollmächtigung kommt heute bei der regelmäßigen Prozeßeinleitung (§ 253 I) wegen ihrer Schriftlichkeit nicht vor. Aber beim Beklagten kann sie vorkommen, ebenso bei dem Kläger in der Weise, daß er, im Termine mit dem Vertreter erschienen, ihn als Bevollmächtigten anerkennt.

[42]) Skonietzki-Gelpcke, Erl. 7 zu § 80 sagen, die Protokollierung ersetze die Beglaubigung. Seuffert, Erl. 3 Abs. 4 zu § 80: das Protokoll ist die schriftliche Vollmacht im Sinne des § 80. Richtig ist gerade das Umgekehrte, vgl. u. γ, aa (S. 416).

[43]) Nimmt der Notar oder das Gericht eine Vollmachtsurkunde auf, so ist sie erst perfekt, wenn der Vollmachtgeber sie unterschreibt. Hier hat also die Protokollierung eine ganz andere Bedeutung. Sie schafft eine Urkunde im Sinne des § 80.

[44]) Nicht genügt die Angabe im Eingang des Urteils (Note 61/2).

[45]) Vgl. o. bei Note 33.

[46]) Der Gegner kann dann noch die Beglaubigung fordern, § 80 II.

[47]) Vgl. o. Note 33.

werden braucht, wenn sie ihm durch Zustellung eines Schriftsatzes mitgeteilt worden ist.

Die Richtigkeit des Gesagten folgt 1. aus den in dieser Beziehung über die Zustellungsbevollmächtigung geltenden Vorschriften (S. 413), 2. daraus, daß die Ersetzung des bisherigen Anwalts durch einen neuen Anwalt nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes (§ 87) durch „Anzeige“ zu geschehen hat und eine solche auch notwendig ist, um nach Erteilung einer unbeschränkten Vollmacht eine wirksame Beschränkung derselben herbeizuführen.[48])

γ) Ist die Bevollmächtigung **nicht** in dieser Weise (α, β) vollzogen, so darf das Gericht

aa) im Parteiprozesse den Vertreter nur zulassen,[49]) wenn er nicht nur die Bevollmächtigung behauptet (also damit kundgibt), sondern sie „durch eine schriftliche Vollmacht nachweist und diese zu den Gerichtsakten abgibt“.[50])[51]) Damit ist die vom Vollmachtgeber unterschriebene[52]) Vollmachtsurkunde gemeint,[53]) von der o. S. 407, 413 nachgewiesen wurde, daß ihr Inhalt sich nicht an den Bevollmächtigten, sondern an die wendet, denen gegenüber er Vertretungsmacht erhalten soll. Die schriftliche Urkunde ersetzt inhaltlich die Erklärung, die sonst die Partei vor Gericht abzugeben hätte, und der Vertreter übermittelt sie an die richtige Adresse. Ist die Urkunde eine Privaturkunde (§§ 415 6), so muß sie auf das (in der mündlichen Verhandlung zu stellende) Verlangen des Gegners gerichtlich oder notariell be-

---

[48]) RG. 38 S. 416 und die Kommentare zu § 87 lassen formlose Anzeige genügen. Das RG. vermißt eine die Zustellung fordernde Vorschrift und meint, für den Gegner sei es gleichgültig, wie die Anzeige erfolge. Aber wir haben (ganz abgesehen von §§ 250, 271 II) die vermißte Vorschrift in § 175, wenn man nicht meint, daß für die zu mehr als zur Zustellung legitimierende Erklärung weniger Erfordernisse gelten könnten; das Interesse des Gegners liegt in der Beweisbarkeit (vgl. o. Note 34 und Text). Generell ist die Zustellung ausdrücklich gefordert in der Österr. ZPO. § 36 I, 2.

[49]) Über provisorische Zulassung s. u. § 129 II.

[50]) § 80 I. Die Verwahrung bei Gericht sichert 1. dem Gegner die Möglichkeit der Einsicht (§ 299), 2. die dauernde Beweisbarkeit. — Auch bei der Einreichung der Klagschrift ist vor dem Amtsgericht schon die Beifügung der Vollmachtsurkunde erforderlich. Wie sollte sonst auch der Beklagte gegen den Kläger ein Versäumnisurteil erlangen können? Vgl. u. § 129 I, 2a. Im Anwaltsprozesse (bb) ist es üblich (nicht nötig), der für das Gericht bestimmten Abschrift der Klagschrift das Original der Vollmacht beizulegen.

[51]) So auch dann, wenn ein Vertreter beigeordnet ist (RAO. §§ 33, 34, ZPO. §§ 116, 668). Die Beiordnung durch das Gericht ersetzt nicht die Vollmacht, sondern nötigt den Beigeordneten nur, sich bevollmächtigen zu lassen. Die Partei kann immer noch die Bevollmächtigung unterlassen. RG. 47 S. 413.

[52]) Ein Handzeichen steht der Unterschrift nur gleich, wenn es gerichtlich oder notariell beglaubigt ist, arg. § 416 ZPO. (nicht etwa BGB. § 126, der für Privatrechtsgeschäfte gilt).

[53]) Dies folgt aus § 80 II (weil Beglaubigung die Bezeugung der Echtheit einer Unterschrift ist). A. M. RG. 57 S. 92, Seuffert, Erl. 3 zu § 80 u. a. Vgl. auch unten bei Note 82. — Richtig ist, daß es Fälle gibt, in denen die Vollmacht in anderer Weise, als durch eine unterschriebene spezielle Vollmachtsurkunde dargetan wird Vgl. o. § 127 II 1 (S. 405/6).

glaubigt werden (§ 80 II). Zur Nachbringung der Beglaubigung ist dann eine Frist zu gewähren.[54])

Legt der Vertreter die Urkunde nicht vor,[55]) so liegt im Sinne des Gesetzes „Mangel der Vollmacht" vor, und es treten die in § 129 zu besprechenden Folgen des vollmachtslosen Handelns ein. Das Erfordernis der Vorlegung bedeutet, daß die Bevollmächtigung, auf Grund deren man zum Handeln zugelassen werden will, in der Form der Vollmachtsurkunde erfolgt sein muß. Der Nachweis durch andere Mittel ist bei der *reinen* prozessualen Vollmacht ausgeschlossen.[56])

Zivilrechtlich entspricht dem § 80 ZPO. der § 174[1] BGB.: wer ein empfangsbedürftiges einseitiges Rechtsgeschäft als Vertreter vornimmt, handelt unwirksam, wenn der Adressat „die vom Vertreter *behauptete* Vertretungsmacht beanstandet" (BGB. § 180[2]) oder wenn er, wie der § 174 BGB. gleichbedeutend sagt, „das Geschäft deshalb zurückweist", weil eine Vollmachtsurkunde nicht vorgelegt wird.

Das Gericht hat von Amts wegen in jeder Lage des Rechtsstreits[57]) den Mangel der Vollmacht ebenso zu berücksichtigen (§ 88 I), wie den Mangel der Legitimation des gesetzlichen Vertreters (§ 56). Es handelt sich nicht nur um die Interessen des Gegners, sondern um das öffentliche Interesse. Dieses fordert, daß das Gericht die staatliche Gewalt nicht gegen eine Partei entfalte, die nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten ist und deshalb berechtigt wäre, die mit Unrecht ergangene Entscheidung anzufechten.[58]) Demnach ist im Parteiprozeß die Rüge des Gegners nicht Bedingung für die Berücksichtigung des Mangels der Vollmacht. Die Rüge ist auch nicht prozeßhindernd im Sinne des § 275.

Ist es versäumt, die Vorlegung der Vollmacht zu verlangen, oder ist diese irrtümlich als nachgewiesen betrachtet,[59]) hat also der Vertreter als Prozeßbevollmächtigter gehandelt, so gilt er im weiteren Verlauf des Prozesses als solcher, bis der Mangel der Vertretungsmacht aufgedeckt ist.[60])

bb) Das unter aa Gesagte gilt im allgemeinen auch für den Anwalts-

---

[54]) Die Vorlegung der (unbeglaubigten) Urkunde muß *sofort* geschehen (§ 420). Darauf, daß sie verlangt werde, muß der Vertreter gefaßt sein (§ 80 I), auch im Anwaltsprozesse. A. M. Skonietzki-Gelpcke, Erl. 4 zu § 88. — Vgl. auch o. S. 310f.

[55]) Ebenso, wenn er die Beglaubigung nicht beibringt, RG. 51 S. 99. Vgl. u. S. 424[12].

[56]) Anders ist es in den in § 127 besprochenen Fällen, vgl. S. 405 II, 1.

[57]) Also schon bei der Einreichung der Klagschrift (a. M. Seuffert, Erl. 2 zu § 88, weil die Ansetzung des Termins nur Vorbereitung einer Prozeßhandlung sei; vgl. dag. o. § 64) und auch noch in der höheren Instanz hinsichtlich der *vor*instanzlichen Vollmacht, auf der die Vollmacht der zweiten Instanz beruht (§ 81). Vgl. RG. bei Gruchot 44 S. 1173f. — Wird für die zweite Instanz der Anwalt ordnungsmäßig von der Partei selbst bestellt und genehmigt sie damit die Prozeßführung der ersten Instanz, so ist nicht mehr danach zu fragen, ob der Anwalt der ersten Instanz Vollmacht hatte. Vgl. u. § 129 III.

[58]) Was auch noch mit der Nichtigkeitsklage geschehen kann (§ 579 Nr. 4).

[59]) Darin liegt keine Zulassung im Sinne des § 89 (vgl. u. § 129 II).

[60]) Bezüglich der Folgen dieses Satzes vgl. o. S. 350.

werden braucht, wenn sie ihm durch Zustellung eines Schriftsatzes mitgeteilt worden ist.

Die Richtigkeit des Gesagten folgt 1. aus den in dieser Beziehung über die Zustellungsbevollmächtigung geltenden Vorschriften (S. 413), 2. daraus, daß die Ersetzung des bisherigen Anwalts durch einen neuen Anwalt nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes (§ 87) durch „Anzeige" zu geschehen hat und eine solche auch notwendig ist, um nach Erteilung einer unbeschränkten Vollmacht eine wirksame Beschränkung derselben herbeizuführen.[48])

γ) Ist die Bevollmächtigung **nicht** in dieser Weise (α, β) vollzogen, so darf das Gericht

aa) im Parteiprozesse den Vertreter nur zulassen,[49]) wenn er nicht nur die Bevollmächtigung behauptet (also damit kundgibt), sondern sie „durch eine schriftliche Vollmacht nachweist und diese zu den Gerichtsakten abgibt".[50])[51]) Damit ist die vom Vollmachtgeber unterschriebene[52]) Vollmachtsurkunde gemeint,[53]) von der o. S. 407, 413 nachgewiesen wurde, daß ihr Inhalt sich nicht an den Bevollmächtigten, sondern an die wendet, denen gegenüber er Vertretungsmacht erhalten soll. Die schriftliche Urkunde ersetzt inhaltlich die Erklärung, die sonst die Partei vor Gericht abzugeben hätte, und der Vertreter übermittelt sie an die richtige Adresse. Ist die Urkunde eine Privaturkunde (§§ 415 6), so muß sie auf das (in der mündlichen Verhandlung zu stellende) Verlangen des Gegners gerichtlich oder notariell be-

---

[48]) RG. 38 S. 416 und die Kommentare zu § 87 lassen formlose Anzeige genügen. Das RG. vermißt eine die Zustellung fordernde Vorschrift und meint, für den Gegner sei es gleichgültig, wie die Anzeige erfolge. Aber wir haben (ganz abgesehen von §§ 250, 271 II) die vermißte Vorschrift in § 175, wenn man nicht meint, daß für die zu mehr als zur Zustellung legitimierende Erklärung weniger Erfordernisse gelten könnten; das Interesse des Gegners liegt in der Beweisbarkeit (vgl. o. Note 34 und Text). Generell ist die Zustellung ausdrücklich gefordert in der Österr. ZPO. § 36 I, 2.

[49]) Über provisorische Zulassung s. u. § 129 II.

[50]) § 80 I. Die Verwahrung bei Gericht sichert 1. dem Gegner die Möglichkeit der Einsicht (§ 299), 2. die dauernde Beweisbarkeit. — Auch bei der Einreichung der Klagschrift ist vor dem Amtsgericht schon die Beifügung der Vollmachtsurkunde erforderlich. Wie sollte sonst auch der Beklagte gegen den Kläger ein Versäumnisurteil erlangen können? Vgl. u. § 129 I, 2a. Im Anwaltsprozesse (bb) ist es üblich (nicht nötig), der für das Gericht bestimmten Abschrift der Klagschrift das Original der Vollmacht beizulegen.

[51]) So auch dann, wenn ein Vertreter beigeordnet ist (RAO. §§ 33, 34, ZPO. §§ 116, 668). Die Beiordnung durch das Gericht ersetzt nicht die Vollmacht, sondern nötigt den Beigeordneten nur, sich bevollmächtigen zu lassen. Die Partei kann immer noch die Bevollmächtigung unterlassen. RG. 47 S. 413.

[52]) Ein Handzeichen steht der Unterschrift nur gleich, wenn es gerichtlich oder notariell beglaubigt ist, arg. § 416 ZPO. (nicht etwa BGB. § 126, der für Privatrechtsgeschäfte gilt).

[53]) Dies folgt aus § 80 II (weil Beglaubigung die Bezeugung der Echtheit einer Unterschrift ist). A. M. RG. 57 S. 92, Seuffert, Erl. 3 zu § 80 u. a. Vgl. auch unten bei Note 82. — Richtig ist, daß es Fälle gibt, in denen die Vollmacht in anderer Weise, als durch eine unterschriebene spezielle Vollmachtsurkunde dargetan wird Vgl. o. § 127 II 1 (S. 405,6).

glaubigt werden (§ 80 II). Zur Nachbringung der Beglaubigung ist dann eine Frist zu gewähren.[54])

Legt der Vertreter die Urkunde nicht vor,[55]) so liegt im Sinne des Gesetzes „Mangel der Vollmacht“ vor, und es treten die in § 129 zu besprechenden Folgen des vollmachtslosen Handelns ein. Das Erfordernis der Vorlegung bedeutet, daß die Bevollmächtigung, auf Grund deren man zum Handeln zugelassen werden will, in der Form der Vollmachtsurkunde erfolgt sein muß. Der Nachweis durch andere Mittel ist bei der reinen prozessualen Vollmacht ausgeschlossen.[56])

Zivilrechtlich entspricht dem § 80 ZPO. der § 174 [1] BGB.: wer ein empfangsbedürftiges einseitiges Rechtsgeschäft als Vertreter vornimmt, handelt unwirksam, wenn der Adressat „die vom Vertreter behauptete Vertretungsmacht beanstandet“ (BGB. § 180 [2]) oder wenn er, wie der § 174 BGB. gleichbedeutend sagt, „das Geschäft deshalb zurückweist“, weil eine Vollmachtsurkunde nicht vorgelegt wird.

Das Gericht hat von Amts wegen in jeder Lage des Rechtsstreits[57]) den Mangel der Vollmacht ebenso zu berücksichtigen (§ 88 I), wie den Mangel der Legitimation des gesetzlichen Vertreters (§ 56). Es handelt sich nicht nur um die Interessen des Gegners, sondern um das öffentliche Interesse. Dieses fordert, daß das Gericht die staatliche Gewalt nicht gegen eine Partei entfalte, die nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten ist und deshalb berechtigt wäre, die mit Unrecht ergangene Entscheidung anzufechten.[58]) Demnach ist im Parteiprozeß die Rüge des Gegners nicht Bedingung für die Berücksichtigung des Mangels der Vollmacht. Die Rüge ist auch nicht prozeßhindernd im Sinne des § 275.

Ist es versäumt, die Vorlegung der Vollmacht zu verlangen, oder ist diese irrtümlich als nachgewiesen betrachtet,[59]) hat also der Vertreter als Prozeßbevollmächtigter gehandelt, so gilt er im weiteren Verlauf des Prozesses als solcher, bis der Mangel der Vertretungsmacht aufgedeckt ist.[60])

bb) Das unter aa Gesagte gilt im allgemeinen auch für den Anwalts-

---

[54]) Die Vorlegung der (unbeglaubigten) Urkunde muß sofort geschehen (§ 420). Darauf, daß sie verlangt werde, muß der Vertreter gefaßt sein (§ 80 I), auch im Anwaltsprozesse. A. M. Skonietzki-Gelpcke, Erl. 4 zu § 88. — Vgl. auch o. S. 310f.

[55]) Ebenso, wenn er die Beglaubigung nicht beibringt, RG. 51 S. 99. Vgl. u. S. 424 [13].

[56]) Anders ist es in den in § 127 besprochenen Fällen, vgl. S. 405 II, 1.

[57]) Also schon bei der Einreichung der Klagschrift (a. M. Seuffert, Erl. 2 zu § 88, weil die Ansetzung des Termins nur Vorbereitung einer Prozeßhandlung sei; vgl. dag. o. § 64) und auch noch in der höheren Instanz hinsichtlich der vorinstanzlichen Vollmacht, auf der die Vollmacht der zweiten Instanz beruht (§ 81). Vgl. RG. bei Gruchot 44 S. 1173f. — Wird für die zweite Instanz der Anwalt ordnungsmäßig von der Partei selbst bestellt und genehmigt sie damit die Prozeßführung der ersten Instanz, so ist nicht mehr danach zu fragen, ob der Anwalt der ersten Instanz Vollmacht hatte. Vgl. u. § 129 III.

[58]) Was auch noch mit der Nichtigkeitsklage geschehen kann (§ 579 Nr. 4).

[59]) Darin liegt keine Zulassung im Sinne des § 89 (vgl. u. § 129 II).

[60]) Bezüglich der Folgen dieses Satzes vgl. o. S. 350.

prozeß, jedoch mit der Modifikation,[61]) daß das Gericht von dem Anwalt die Vorlegung der Vollmacht so lange nicht verlangen darf, als nicht der Anwalt des Gegners den Mangel der Bevollmächtigung gerügt hat.[62]) Vorausgesetzt ist vom Gesetz, daß der Anwalt mit der Behauptung, zur Prozeßführung bevollmächtigt zu sein, gehandelt hat.[63]) Behauptet er nicht einmal, daß ihm Vollmacht erteilt sei, oder ergibt sich aus der (ohne Rüge) vorgelegten Urkunde, daß sie keine oder keine als Prozeßvollmacht (§ 83) genügende Vollmachtserklärung enthält, so darf das Gericht den Anwalt auch im Anwaltsprozesse nicht zulassen. Den liquiden Mangel muß es stets von Amts wegen berücksichtigen.

Durchaus gilt der Grundsatz unter aa im Anwaltsprozesse[64]) in den Ausnahmsfällen der §§ 613 ², 640 I, 641 I.

cc) Ist die Partei prozeßunfähig, so hat der Vertreter stets (auch im Anwaltsprozesse) zu behaupten, daß ihm die Vollmacht von dem gesetzlichen Vertreter erteilt sei, und dessen Vertretungsmacht ist allemal von Amts wegen zu prüfen. Ebenso ist es in allen Fällen, wo als Vollmachtgeber solche Vertreter in Frage kommen, die die Stellung von gesetzlichen Vertretern haben.[65])

---

[61]) Sie gilt auch bei den vom Anwaltszwang befreiten Handlungen (§ 78 II), falls sie von demjenigen Anwalt vorgenommen werden, der bisher als Prozeßbevollmächtigter (§ 78 I) aufgetreten ist. In der Literatur und Judikatur (s. die Komm. zu § 88, Schultzenstein, ZZP. 16 541, Simonson, ZZP. 29 223, Neubauer, ZZP. 21 57, Meyer, ZZP. 29 231, Weismann I § 78 III) sind die Meinungen sehr geteilt. Die ganze Ausnahme des § 88 II ist irrationell. Aber solange sie besteht, ist ihr ein vernünftiger Sinn unterzulegen, und dieser kann nicht sein, daß der Anwalt, der beim Landgericht unbeanstandet den Prozeß führt, eine Vollmacht vorlegen müßte, wenn er vor dem ersuchten Amtsrichter einer Beweisaufnahme beiwohnen will. — Das Zwangsvollstreckungsverfahren ist ein selbständiges Verfahren. Hier muß § 88 I auch für den Anwalt gelten, der vor dem Kollegialgerichte den Prozeß geführt hat. Hat er durch Vorlegung der Vollmacht bewirkt, daß der Tatbestand des Urteils diese als geschehen angibt, so hat er keine Schwierigkeiten mit dem Nachweis.

[62]) § 88 II. Die Vorschrift beruht auf der Verkennung des bei Note 58 bezeichneten Gesichtspunkts. Sie zwingt das Gericht, gemäß § 313 Nr. 1 im Urteil einen Anwalt als Prozeßbevollmächtigten anzuführen, dessen Legitimation vollständig unbewiesen ist (deshalb ist diese Angabe im Urteil auch kein im Vollstreckungsverfahren [Note 61] verwertbares Beweismittel). Der § 88 II zwingt den Beklagten, dem der Mangel der Bevollmächtigung des klägerischen Rechtsanwalts bekannt ist, einen Rechtsanwalt zu nehmen, um diese absoluteste Prozeßvoraussetzung (§ 579 Nr. 4!) zur Geltung zu bringen. Schenkt man dem Anwalt das Vertrauen, daß er sich nicht als bevollmächtigt ausgibt (auch nicht irrtümlich!), wenn er es nicht ist, so müßte man ihm dieses Vertrauen auch vor dem Amtsgericht schenken. Die Inkonsequenz des Gesetzes ist um so größer, als die bessere Einsicht in den Ausnahmen bei Note 64 zur Beseitigung des § 88 II geführt hat. Die Österr. ZPO. § 37 hat uns den in § 88 II steckenden Fehler nicht nachgemacht.

[63]) Die Behauptung der Bevollmächtigung darf das Gericht zunächst nicht in Frage stellen. Dadurch wird die Rüge des Vollmachtsmangels keineswegs zu einem Prozeßeinrederecht, wie Schmidt 809 ¹ richtig bemerkt. Die Vollmacht bleibt auch im Anwaltsprozeß absolute Prozeßvoraussetzung. Eine Konsequenz s. u. S. 423 ⁸.

[64]) Die Ausnahmen sind durch die Novelle von 1898 eingeführt.

[65]) Also nicht nur bei juristischen Personen, sondern auch bei der offenen Handelsgesellschaft, dem Konkursverwalter usw. Vgl. o. S. 371 f.

dd) Ganz singulär ist die Vorschrift, daß es im Mahnverfahren nicht des Nachweises der Vollmacht bedarf, wenn ein Vertreter für den Gläubiger die Erlassung des Zahlungsbefehls nachsucht oder für den Schuldner Widerspruch gegen den erlassenen Zahlungsbefehl erhebt (§ 703). Der (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Behauptung, Vollmacht zu haben, bedarf es auch hier. Bei allen weiteren Akten, die im Mahnverfahren von einem Vertreter vorgenommen werden, bleibt es bei den dargestellten Regeln.

δ) Ist einem Vertreter die Bevollmächtigung nur mündlich erklärt, so darf er nicht zugelassen werden. Ist es ihm aber gelungen, als Bevollmächtigter[66]) den Prozeß zu führen, so muß die Partei es gegen sich gelten lassen.[67])

Wird im Laufe des Prozesses die Vollmachtsurkunde noch verlangt, so ist der Vertreter immer noch zurückzuweisen, wenn er sie nicht vorlegt. Es ist also auch noch Versäumnisurteil gegen die Partei möglich.[68]) Aber wenn diese selbst die Vollmachtslosigkeit geltend machen will, so kann der Gegner sich auch auf die mündliche Vollmacht berufen, muß sie dann allerdings auch seinerseits beweisen. Dies gilt auch dann, wenn ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist und seine Anfechtung mit der Richtigkeitsklage versucht wird (§ 89 II).

III. Wenn wir sagen, daß die an den Dritten ergangene Erklärung ihm noch nicht die Vertretungsmacht gebe, sondern ihn ermächtige, dem Gericht und dem Gegner Kunde von der Erklärung des Vollmachtgebers zu geben und dadurch die wirkliche Stellung des Bevollmächtigten zu erlangen, so scheint dies, da ja der Dritte jene Kundgabe jeden Augenblick vornehmen kann, nur ein Streit um Worte zu sein. Dies ist jedoch keineswegs der Fall. Will man den Unterschied, seine Wichtigkeit und die praktische Bedeutung der Streitfrage[69]) erkennen, so muß man vor allem auch an die passive Vertretung denken.

---

[66]) Auch hier ist also Voraussetzung, daß er die Bevollmächtigung kundgegeben hat.

[67]) So § 89 II. Ihm entspricht im bürgerlichen Recht der § 174 insofern, als auch die mündlich erklärte Vollmacht die einseitigen Geschäfte des Vertreters gegenüber dem Vertretenen wirken läßt, wenn er nicht zurückgewiesen wird. Ebenso genügt nach § 409 I, 1 die mündliche Anzeige dazu, daß der Schuldner sich auf sie berufen kann, aber nach § 410 ist er nur dann genötigt, einseitige Rechtsgeschäfte des Angezeigten gelten zu lassen, wenn die Anzeige schriftlich erfolgt ist.

[68]) Vgl. u. § 129 I.

[69]) Zivilrechtlich ist die Bedeutung noch weit größer. a) Weil für die Vollmachtserklärung der andere Teil der Adressat ist, so ist er derjenige, dem der Schadensersatz nach § 122 BGB. geschuldet wird, wenn der Vollmachtgeber sich verschrieb oder versprach. Die Vollmacht ist Scheinvollmacht im Sinne des § 117 BGB. (Simulation) nur dann, wenn der andere Teil im Einverständnisse war. War er dies, so ist die Vollmacht nichtig, wenngleich der Vertreter selbst sie für ernst gemeint hielt; dieser kann nur Ansprüche ex mandato erlangen. b) Ist die Vollmachtserteilung durch arglistige Täuschung herbeigeführt, so kommt es darauf an, ob der andere Teil sie begangen hat oder sie kannte oder kennen mußte (vgl. JW. 29 528 f.). Prozessual kommt dies alles nicht in Betracht.

1. Solange die Partei die Vollmachtserteilung nicht direkt oder durch das Auftreten des Vertreters an das Gericht bzw. den Gegner hat gelangen lassen, sind diese nicht verpflichtet, den Vertreter als Bevollmächtigten zu behandeln,[70]) so namentlich nicht bei Zustellungen (§§ 176, 179) und Ladungen. Sie sind aber dazu auch nicht berechtigt.

Bei der Zustellungsvollmacht kann dies nach § 175 nicht zweifelhaft sein, vgl. o. S. 412/3. Es gilt aber allgemein. Beispiel: Der Beklagte hat einem Anwalt unter Zusendung einer Vollmacht geschrieben, er möge seine Vertretung übernehmen, wird aber kontumaziert, da der Anwalt nicht im Termin erschienen ist. Stellt nun der Kläger, der zufällig von jener Zusendung der Vollmacht Kenntnis erlangt hat, dem Anwalt das Versäumnisurteil zu, so läuft die Einspruchsfrist nicht. Hierbei ist gleichgültig, ob der Anwalt deshalb nicht erschien, weil er die „Vertretung" abgelehnt hat, oder weil er nach Annahme des Auftrags den Termin vergessen hatte. Ein zivilrechtliches Analogon bietet der Fall, daß einem angeblichen Vertreter gekündigt oder ein Leistungsangebot seitens eines Dritten gemacht wird, obwohl die Bestellung diesem letzteren nicht mitgeteilt, auch nicht öffentlich bekannt gemacht war,[71]) ferner die Situation, die entsteht, wenn der Gläubiger einem Dritten eine Abtretungsurkunde eingehändigt hat. Als Anzeige mit der Wirkung des § 409 I, 1 BGB. wirkt sie erst, wenn der als Zessionar Bezeichnete die Urkunde dem Schuldner vorgelegt hat (so ausdrücklich § 409 I, 2). Dagegen braucht der Gläubiger auf Grund jener Aushändigung[72]) eine Zahlung nicht gelten zu lassen, die der Schuldner in zufällig erlangter Kenntnis gemacht hat. Bei Vorlegung der Urkunde handelt der darin Angezeigte als Bote. Ist ihm die Urkunde ausgehändigt, obwohl die Abtretung nichtig oder erst in Aussicht genommen war, so hat er durch ihren Besitz doch die Legitimation zur Vorlegung und zur Erhebung der geschuldeten Summe.

Der aufgestellte Grundsatz bewirkt ferner, daß eine Unterbrechung (§ 244) nicht schon deshalb eintritt, weil der Rechtsanwalt stirbt, mit dem die Partei Rücksprache genommen und dem sie eine Prozeßvollmacht eingehändigt hat.[72a]) Dieser Grundsatz ist das Gegenstück zu der Vorschrift, daß der Dritte, der Vertreter geworden ist, dies schlechthin bleibt, bis die Vollmacht durch gehörige Anzeige aufgehoben ist. Ist dies geschehen, so ist es nicht nötig, daß der Gegner von ihr Kenntnis nahm. Anderweit erlangte Kenntnis ist auch hier ohne rechtliche Bedeutung.[73])

2. Da der Vertreter in der Übermittlung der Vollmachtserklärung nur

---

[70]) Darüber ist man für die Fälle des § 87 einig, vgl. RG. 5 S. 360, 14 S. 351, 16 S. 355, 18 S. 396, bei Gruchot 38 1220, Kommentare zu § 176. Streit ist über die Form der Anzeige, vgl. o. Note 48.

[71]) Vgl. IW. 29 525, Verträge S. 111 f.

[72]) Ist die Abtretung gültig erfolgt, so kann sich der Schuldner darauf berufen. Sie ist ein Rechtsgeschäft zwischen Zedent und Zessionar, von dem man irgendwie Kenntnis erlangen kann. Ganz anders bei der Anzeige und ebenso bei der Bevollmächtigung.

[72a]) Der § 244 kommt erst dann in Betracht, wenn der Anwalt zum Bevollmächtigten in dem von uns dargelegten Sinne geworden ist. Im Anwaltsprozesse ist es nur erforderlich, daß er mit der Behauptung, Bevollmächtigter zu sein, aufgetreten ist (§ 88 II), vgl. RG. 14 S. 333.

[73]) So § 87. Anders ist in dieser Beziehung das bürgerliche Recht, BGB. §§ 168—173. Vgl. u. § 132.

Bote der Partei ist, so kann diese stets sowohl die Bevollmächtigung als auch die Entziehung und Beschränkung in anderer Weise als durch den Anwalt an den Adressaten gelangen lassen. Der Anwaltszwang hindert sie hieran nicht.[74])

3. Durch die Aushändigung der Vollmachtsurkunde setzt die Partei den Vertreter instand, durch Vorlegung der Vollmacht als Vertreter zu handeln. Solcher Besitz[75]) legitimiert ihn dazu ohne Rücksicht darauf, ob dem Vertreter auch schon der Auftrag zum Handeln erteilt oder ob dieser zurückgenommen ist. Mißbrauch der Ermächtigung (als Bote) macht den Vertreter haftbar. Er berührt aber die Wirksamkeit der fiduziarisch gegebenen Botenermächtigung nicht.[76])

Ist eine Vollmachtsurkunde nicht ausgehändigt, so wird die Botenermächtigung durch einfache Erklärung an den Boten wirksam widerrufen. Handelt er trotzdem als Bevollmächtigter, so bindet seine Prozeßführung den Vertretenen nicht. Nur auf den Besitz der Urkunde kann man sich verlassen.[76a])

4. Stehen Vollmacht und Instruktion nicht im Einklang,[77]) so entscheidet nur die erstere über die Vertretungsmacht; die Instruktion hat nur Bedeutung für das interne Verhältnis.

Unsere prinzipielle Auffassung gibt eine wirkliche Begründung dieses Satzes und eine Abgrenzung des Begriffs der Instruktion.

Bevollmächtigung ist die Erklärung, die die Partei gegenüber dem Gericht und dem Gegner abgibt. Die Vollmachtsurkunde enthält diese.[78]) Instruktion ist jede Erklärung, die die Partei an den Vertreter über die Art seiner Prozeßführung richtet. Will die Partei nicht nur sein Dürfen (bei Meidung der Ersatzpflicht), sondern sein Können (die Vertretungsbefugnis) beschränken, so ist, mag es sogleich oder erst nachträglich geschehen, formgemäße Anzeige an das Gericht und den Gegner nötig; ein Brief an den Vertreter genügt hierzu ebensowenig, wie zur Entziehung.[79]) Es würde der Partei sogar nichts nützen, wenn sie den Vertreter zur Vorlegung dieses Briefes angewiesen, der Vertreter aber nur die Vollmachtsurkunde vorgelegt hätte.[80])

---

[74]) So auch Skonietzki-Gelpcke, Erl. 3 zu § 89 u. a.

[75]) Anders, wenn die Urkunde entwendet wäre.

[76]) Vgl. über die Fortdauer der Ermächtigung (des Boten) o. § 121 I, 7 (S. 359).

[76a]) Das ist der in BGB. § 172 für die zivile Vollmacht ausgesprochene Rechtssatz.

[77]) Dann vertraut der Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten eine größere Rechtsmacht an, als der Fiduziar gebraucht, um das Geschäft im Sinne des Fiduzianten zu führen. [78]) Vgl. näher o. Note 2.

[79]) § 87. Ebenso Wach I 578 bei Note 31, Seuffert zu § 87 u. a.

[80]) Prozessual ist die Situation anders, als bei zivilistischen Vorgängen. Hätte ich Kenntnis von einem derartigen Briefe, so würde ich mich nicht auf das Rechtsgeschäft einlassen dürfen, das der Vertreter ihm zuwider vornehmen wollte (BGB. § 173). Würde aber der Prozeßgegner sich auf den Brief berufen wollen, so stände

Hat der Vertreter **ohne Vorlegung** einer Urkunde gehandelt, so bestimmt sich seine Vertretungsmacht lediglich nach dem Inhalt der (schriftlichen oder mündlichen) Vollmachtserklärung, nicht aber nach dem, was der Vertreter über ihren Inhalt hinaus behauptet und getan hat.[81]) Nur an jene und an die durch sie dem Vertreter gegebene Ermächtigung ist der Vollmachtgeber gebunden. Es schadet ihm nichts, wenn die (zulässigen) Beschränkungen, die die Vollmachtsurkunde enthielt, nicht bekannt wurden, weil man die Vorlegung nicht verlangte. Der Gegner unterläßt dies auf seine Gefahr.

Ist die Vollmacht mündlich erteilt, so mag es tatsächlich häufig sehr schwierig sein, die Vollmachtserklärung und die (für den Vertreter bestimmte) Instruktion zu unterscheiden. Leugnet die Partei den von dem Gegner behaupteten Umfang der Vollmacht, so hat der Gegner die Beweislast, und er (bzw. sein konniventer Anwalt) hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er ihr nicht genügen kann. Der § 80 (§ 88 II) gibt ihm genügende Schutzmittel. Man darf diese nicht dadurch untauglich machen, daß man die Vorlegung einer unterschriebenen Vollmachtsurkunde nicht für absolut erforderlich erklärt.[82])

§ 129.

d) Folgen des Mangels der Vollmacht. Einstweilige Zulassung. Genehmigung.

I. **Folgen des Mangels der Vollmacht.**[1])

1. Prozessual stehen einander gleich der Fall, daß der Vertreter sich als vollmachtslos bekennt,[2]) und der, daß er zwar die Vollmacht behauptet, aber sie nicht „beibringt", d. h. nicht prozeßordnungsgemäß in schriftlicher Form vorlegt.[3])

---

ihm der § 87 ZPO. entgegen. Und selbst wenn das nicht der Fall wäre, brauchte er gegenüber der Vorlegung der ausgehändigten Vollmachtsurkunde sich nicht auf den Brief zu berufen und die Beweislast zu übernehmen. Es ist Sache der Partei, die Vertretungsmacht ihres Bevollmächtigten auf dem gesetzlich vorgesehenen Wege zu umgrenzen. So spricht auch das Gesetz nur von „abweichenden Bestimmungen der **Vollmacht**" (§ 84[2], s. o. nach Note 2).

[81]) A. M. Lenel, Iherings J. 36 17 f. Bei unrichtiger Übermittlung will er den § 120 BGB. anwenden. Aber daß dieser Paragraph sich auf unseren Fall nicht bezieht, erhellt aus den §§ 170/3, die gegenüber dem § 120 (für unseren Fall) die maßgebenden leges speciales sind und von denen der § 170 sich nicht auf diejenige Erklärung bezieht, die der **Vertreter** (als Bote) übermittelt. — Aber wie dem auch sei: für das Prozeßrecht gibt es keine dem § 120 BGB. entsprechende Vorschrift. Eine analoge Anwendung ist ausgeschlossen, weil das unentbehrliche Korrelat des § 120 die Anfechtung ist, die es im Prozesse in dieser Weise nicht gibt.

[82]) Vgl. o. Note 53.

[1]) Wach I 593 f., Planck I § 48, Just, Arch. f. ziv. Pr. 68 316 f., Ulbricht, das. 78 54 f., Höpfner, Vertretung ohne Vertretungsmacht im Zivilpr. (Diss. 1899), Hellmann, ZZP. 27 261 f., Hupka, Haftung des Vertreters (1903) 97 f., 130 f.

[2]) § 89 I meint dies mit den Worten: er handelt „als Vertreter ohne Auftrag".

2. Die Folgen sind verschieden, je nachdem der Mangel die Begründung des Prozeßverhältnisses betrifft oder nicht.

a) Im ersten Fall muß die Terminsanberaumung versagt werden, wenn sich der Mangel schon bei ihrer Beantragung zeigt.[4]) Ist es zur Verhandlung gekommen, so muß Prozeßabweisung [5]) erfolgen, und zwar durch Endurteil, welches den klagenden falsus procurator selbst in die Prozeßkosten verurteilt.[6]) Was in diesen Beziehungen, über die das Gesetz nichts sagt, von allgemeinen Gesichtspunkten aus hinsichtlich des gesetzlichen Vertreters ausgeführt wurde, gilt auch hier. Es wird deshalb auf § 125 III 1 (S. 390 f.) verwiesen. Nur darauf ist aufmerksam zu machen, daß die Partei, für die ein Dritter die Vertretungsbefugnis sich angemaßt hat, die Vollmachtslosigkeit auch dann, wenn der Gegner sie nicht rügt, innerhalb des Verfahrens geltend machen kann,[7]) um die Prozeßabweisung und die Verurteilung des klagenden falsus procurator in die Prozeßkosten herbeizuführen. Die Beweislast für die Bevollmächtigung hat in diesem eigenartigen Verfahren der Vertreter.[8])

b) Tritt im Laufe des Prozesses ein vollmachtsloser Vertreter (im Sinne von 1) auf, ohne daß seine Vollmachtslosigkeit die Prozeßbegründung berührt, so ist er selbst durch Beschluß zurückzuweisen. Gegen die nicht erschienene und nicht vertretene Partei ist auf Antrag nach §§ 330 f. zu verfahren. Was in dieser Beziehung in § 125 III 2 (S. 394) bezüglich des nicht legitimierten gesetzlichen Vertreters ausgeführt wurde, gilt auch hier.

c) Macht ein vollmachtsloser Vertreter den Versuch, ein unterbrochenes oder ausgesetztes Verfahren aufzunehmen, so erfolgt die Entscheidung durch Beschluß.[9])

3. Die hiernach (2) notwendig werdende Entscheidung ist in der Regel sofort zu fällen, sobald der Mangel der Vollmacht (1) feststeht. Eine Ausnahme gilt bei einstweiliger Zulassung (II).

4. Wird unter Übersehung des Mangels der Vollmacht ein Urteil auf den Namen der vertretenen Partei gefällt, so ist dieses nicht etwa nichtig.

---

[3]) Vgl. § 89 und o. S. 416/7. — Bei einseitigen Rechtsgeschäften gilt die Gleichstellung des Textes auch zivilrechtlich (BGB. §§ 174, 180).

[4]) Vgl. o. § 128 [57]. Ist von dem klagenden Anwalt Vollmacht behauptet, so kann das Landgericht wegen § 88 II nur ausnahmsweise so verfahren, vgl. o. S. 418 [64].

[5]) Ein von einem falsus procurator eingelegtes Rechtsmittel ist zu verwerfen.

[6]) Nicht entgegen RG. in JWSchr. 1903 S. 3 Nr. 5. Hat die Partei Vollmacht erteilt, war sie aber geisteskrank, so trägt sie die Kosten ebenso, wie wenn sie selbst die Klage erhoben hätte. Bei einem solchen Vertreter kommt nur § 102 in Betracht. — Dasselbe gilt, wenn der Kläger einen Anwalt klagen läßt, der beim Prozeßgericht nicht zugelassen ist.

[7]) Im Anwaltsprozesse muß sie dazu wegen § 88 II und § 78 I einen Anwalt nehmen. [8]) Vgl. o. S. 390 [43].

[9]) § 252. Vgl. o. § 125 III, 3 (S. 394).

Es kann sogar rechtskräftig werden (§ 579 Nr. 4). Hierüber ist bereits in § 125 III (S. 390 f.) das Nähere ausgeführt.

II. Einstweilige Zulassung (§ 89 I).

Ob die unter I, 2 bezeichneten Folgen der Vollmachtslosigkeit eintreten werden, kann dadurch ungewiß werden, daß das Gericht den Vertreter, der trotz Aufdeckung des Mangels der Vollmacht (im Sinne von I, 1) im Namen der Partei handeln will, „einstweilen zur Prozeßführung zuläßt.“[10])

1. Hierüber entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen auf Grund der von dem Vertreter zur Rechtfertigung seines Gesuchs anzuführenden besonderen Umstände.[11]) Es hat darauf zu sehen, ob die Nachbringung der Vollmacht zu erwarten ist. Es wird sie dem Vertreter, der Vollmacht zu haben behauptet und dies wahrscheinlich macht, leichter gewähren, als dem „Geschäftsführer ohne Auftrag“.

Zivilrechtlich ist die Vertretung ohne Vertretungsmacht bei anderen Geschäften als Verträgen unzulässig, d. h. ohne jede Wirkung, es sei denn, daß die Erklärung 1. an einen Privaten zu richten war und 2. daß dieser entweder die behauptete Vertretungsmacht nicht beanstandet hat oder damit einverstanden ist, daß der Vertreter ohne Vertretungsmacht handle.[11a]) Bei der prozessualen Vertretung korrespondiert mit dem Einverständnisse des Erklärungsempfängers die Zulassung des Gerichts. Dieses kann sie auch gegen den Willen des Prozeßgegners erteilen. Umgekehrt ist dessen Zustimmung nicht genügend, weil es sich auch um die Interessen der vertretenen Partei und darum handelt, daß das Gericht auf deren Namen den Prozeß vor sich gehen lassen und Entscheidungen fällen soll.

Im Gegensatz zu den Fällen des § 56 II ZPO. (o. § 118 VII und § 125 III 1 a. E.) macht das Gesetz es nicht zur Bedingung der Zulassung, daß mit dem Verzuge Gefahr für die zu vertretende Partei verbunden sei. Dafür aber kann das Gericht die Zulassung davon abhängig machen, daß der Vertreter (natürlich im eigenen Namen) wegen Kosten und Schäden (4) Sicherheit leistet. Dies geschieht nach den Vorschriften des § 108 ZPO. und mit den Wirkungen des § 233 BGB. Verlangt das Gericht die Sicherheit, so kann es wiederum die Zulassung von ihrer vorherigen Leistung abhängig machen und zum Zwecke derselben die Verhandlung auf kurze Zeit unterbrechen, oder es kann für ihre Leistung eine Frist bestimmen und in dem Termine den Vertreter zunächst verhandeln lassen.[12])

---

[10]) Hupka, Haftung 100 [1], 135 spricht auch von definitiver Zulassung, Skonietzki-Gelpcke, Erl. 10 zu § 89 von unbedingter Zulassung. Aber die Alternative ist nur: Unterbleiben der Zurückweisung (obwohl sie hätte erfolgen müssen) oder einstweilige Zulassung. Selbst ein Zwischenurteil, das den Zwischenstreit über das Vorhandensein der Vollmacht zu Gunsten des Vertreters entscheidet (§ 303), kann nicht als definitive Zulassung bezeichnet werden. Es hat eine ganz andere Bedeutung.

[11]) Das Gesuch kann auch schon bei der Einreichung der Klagschrift oder eines sonstigen Schriftsatzes gestellt werden (s. o. Note 4). Die Entscheidung kann aber nicht vom Vorsitzenden, sondern nur vom Gericht gegeben werden. Handelt es sich um einen Prozeß vor dem Amtsgericht, so hat dieser Gegensatz keine Bedeutung.

[11a]) BGB. § 180 [1, 2]. Unter diesen Voraussetzungen tritt zwar die Geschäftswirkung nicht ein, aber das Geschäft erzeugt wenigstens die Möglichkeit der Genehmigung.

[12]) Hat der Vertreter eine Vollmacht vorgelegt und ist ihre Beglaubigung verlangt, so ist ein neuer Termin anzuberaumen. Darin liegt noch keine Zulassung. Aber der Vertreter kann eine solche beantragen, damit sogleich die Verhandlung

Stets hat das Gericht eine Frist für die Beibringung der Vollmacht oder der Genehmigung zu bestimmen (§ 89 I, 2). Sie kann verlängert werden.

Die Zulassung ist auch dann möglich, wenn der Vertreter Bedenken über seine Prozeßfähigkeit nicht alsbald zu beseitigen vermag.[12a])

2. Folgen der Zulassung.

Gibt das Gericht dem Antrag auf Zulassung nicht statt, so fällt es lediglich die sich aus der Vollmachtslosigkeit ergebende und auf diese gegründete Entscheidung (I, 2). Die Zulassung gewährt es durch Beschluß, der nicht selbständig anfechtbar ist, aber vom Gericht zurückgenommen oder geändert werden kann (z. B. durch nachträgliche Forderung der Sicherheitsleistung). Die Zulassung ist ihrer juristischen Natur nach mit der Bestellung eines besonderen Prozeßvertreters verwandt. Während aber diese die volle Vertretungsmacht (eines gesetzlichen Vertreters) verleiht, gibt unsere Anordnung dem zugelassenen Vertreter zwar die Befugnis, Prozeßhandlungen vorzunehmen, aber nur provisorisch und so, daß ihre Wirkung davon abhängig ist, ob der Mangel beseitigt wird. Trotz dieser Möglichkeit ist der Gegner genötigt, einstweilen an dem Prozesse teilzunehmen, ohne daß er den Mangel der Vollmacht geltend machen kann.[13])[14]) Ein Endurteil darf während dieses Schwebezustandes nicht erlassen werden.[15]) Dies gilt aber nur insofern, als sein Inhalt davon abhängig ist, daß der Vertreter die Vertretungsmacht wirklich hat,[16]) nicht aber insoweit, als die sofortige Fällung des Endurteils nur deshalb unterblieb, weil dem Vertreter die Zulassung gewährt wurde. Im einzelnen ist zu unterscheiden:

a) War das Prozeßverhältnis ordnungsmäßig begründet (I 2b), konnte aber das Versäumnisurteil gegen die nicht erschienene Partei deshalb nicht gefällt werden, weil für sie ein vollmachtsloser Vertreter auftrat und die Zulassung erhielt, so kann der Gegner das Versäumnisurteil

---

stattfinde. Hier wird das Gericht sie in der Regel bewilligen und Sicherheit nicht verlangen.

[12a]) Auch hier ist Genehmigung möglich, wenn die Fähigkeit wirklich mangelte. Die Folgen der Zulassung (4) treten auch dann ein. Vgl. u. Note 26a.

[13]) Nach dieser Richtung ist die Zulassung in ihrer Natur und Wirkung verwandt mit der römischen cautio dominum rem habiturum esse des Klägers. Auch sie sicherte den Gegner nur vor dem Schaden, der durch Ausbleiben der Genehmigung eintrat, aber sie nötigte ihn, mit dem procurator den Prozeß ganz durchzuführen. Der Schaden, der hier drohte, war größer, als der durch die Zulassung des § 89 drohende; er betraf stets die Hauptsache im vollen Umfange. — Vgl. auch Hupka, Haftung 11[1], 99[3].

[14]) Für diese Fälle geben auch Wach I 595 und Gaupp=Stein, Erl. II zu § 89 zu, daß die Wirkungen der Rechtshängigkeit vorhanden sind. Vgl. o. §§ 66, 68 III.

[15]) § 89 I, 2, der im Inhalte klar, in der Fassung aber nicht genau ist. Die Frist bezeichnet nur das späteste Ende des Schwebezustandes. Vgl. unter 3.

[16]) Also kann der noch nicht legitimierte Vertreter gegen den Gegner, der ausbleibt, nicht ein Versäumnisurteil erwirken, wohl aber kann er es, nachdem er in dem Termine die Vollmacht oder Genehmigung beigebracht hat. Läuft auch die Frist noch länger, so muß doch der Gegner darauf gefaßt sein, daß sie schon früher vorgelegt wird. A. M., wie es scheint, Wach I 596[7], Gaupp=Stein, Erl. III[5] zu § 89.

erlangen, wenn der Vertreter in einem weiteren Termine ausbleibt. Das gilt sowohl für den Kläger wie für den Beklagten.[17] Die Zulassung sollte dem Vertreter nur ermöglichen, trotz seiner Vollmachtslosigkeit für seine Partei zu handeln. Tut er dies nicht, so steht nichts im Wege, die Folge aus der Vollmachtslosigkeit des Vertreters und der Säumigkeit der Partei zu ziehen.

b) Ist die Klage von einem Vertreter erhoben, der sich in der Verhandlung als vollmachtslos erwies oder als vollmachtslos gilt, weil er die behauptete Vollmacht nicht nachweisen konnte, so wäre an sich sofort Prozeßabweisung unter Verurteilung des falsus procurator in die Kosten auszusprechen gewesen (I 2 a). Hat er die Zulassung erlangt, bleibt er dann aber aus, so ist auf Antrag des Gegners jene Entscheidung zu fällen, auch wenn die Frist noch nicht abgelaufen ist.[18]

3. Die besondere Rechtslage, die infolge der Zulassung entstand, wird beendigt

a) entweder durch Beibringung der (schon vorhanden gewesenen) schriftlichen Vollmacht[19] oder der Genehmigung (III),[20]

b) oder dadurch, daß die vertretene Partei die Genehmigung[20a] versagt oder daß der Vertreter erklärt, die Genehmigung (für die Vergangenheit) und, falls die Partei nicht in anderer Weise Fürsorge getroffen hat, auch die Vollmacht für die Zukunft oder die verlangte Beglaubigung (beider Erklärungen) nicht beibringen zu können, ferner auch schon durch Ablauf der Frist. Dann ist die Entscheidung gemäß dem unter I, 2 Gesagten zu erlassen.

4. Die erfolglos gebliebene Zulassung hat zur besonderen Folge, daß der Vertreter, der sie herbeiführte, schlechthin

---

[17]) So bei Säumnis des Beklagten mit Recht Wach I 597; a. M. Gaupp-Stein, Erl. III[9] zu § 89, Ulbricht a. a. O. 101 f. Aber es wäre widersinnig, durch die Zulassung zu Gunsten der säumig gewesenen Partei bis zum Fristablauf eine Schonzeit zu schaffen. Das Versäumnisurteil holt nur nach, was im früheren Termin sogleich hätte geschehen können, wenn der Vertreter nicht dazwischen getreten wäre. Die Gründe, die Wach bewegen, den Kläger anders zu behandeln, treffen in dem unter a behandelten Fall nicht zu; sie beziehen sich auf die Fälle unter b.

[18]) Natürlich kann hier nicht ein Versäumnisurteil gegen den Kläger ergehen.

[19]) Das Gesetz erwähnt diese Möglichkeit in § 89 I, 1, nicht aber in Satz 2 und 3. Nichtsdestoweniger gilt das im Texte Gesagte.

[20]) Die Genehmigung ist auch dann noch möglich, wenn die Frist des § 89 I, 2 abgelaufen ist, ja auch noch nach Fällung des erstinstanzlichen Urteils (RG. 47 S. 413). Der Ablauf der Frist hat nur die Wirkung, daß auf die Beibringung nicht mehr gewartet zu werden braucht (RG. 30 S. 400) und daß der besondere Schwebezustand des Textes aufhört. Die Genehmigung, die nach Ablauf der Frist erfolgt, hindert den Eintritt der in Satz 3 des § 89 I bezeichneten Folgen (4) nicht. Sie wäre auch möglich gewesen, wenn infolge der Vollmachtslosigkeit alsbald (ohne Zulassung) die aus I, 2 sich ergebende Entscheidung gefällt worden wäre.

[20a]) Sie genügt hier zur Vermeidung der unter 4 bezeichneten Folgen jedenfalls nur dann, wenn alles, was von oder gegenüber dem Zugelassenen geschehen ist, genehmigt wird. Vgl. im übrigen u. III.

diejenigen Kosten und Schäden zu tragen hat, die infolge der Zulassung entstanden sind (§ 89 I, 3).

a) Diese durch die Novelle von 1898 eingefügte Vorschrift bezieht sich keineswegs auf die gesamten Prozeßkosten und jeden Schaden, den der Gegner aus der Prozeßführung eines nicht legitimierten Vertreters hat, sondern lediglich auf die Nachteile, die nach der Zulassung [21]) und lediglich auf Grund derselben entstehen. Der Grund, weshalb der Vertreter, wenn die Zulassung erfolglos bleibt, haftet, ist lediglich ihre Herbeiführung und der hierdurch für den Gegner geschaffene Zwang, trotz feststehender Vollmachtslosigkeit sich mit dem Vertreter einzulassen. Den Rechtsbehelf, den das Gesetz einem solchen Vertreter zur Verfügung stellt, gebraucht er auf seine Gefahr.[22]) Wer die Prozeßkosten im ganzen zu tragen hat, und ob der Vertreter für den Schaden haftet, der durch die ohne Zulassung (Note 11) geschehene Klage eines falsus procurator entstanden ist: das sind Fragen, die nach anderen materiellen Gesichtspunkten zu beantworten und formell anders zu erledigen sind.[23]) Sind durch die Zulassung keine größeren Kosten entstanden, als sie ohne Zulassung sein würden, oder ist eine Zulassung nicht erfolgt, so bleibt der § 89 ganz außer Betracht.

Beispiele für die Anwendung des § 89 I, 3.

α) Für den Schaden haftet der erfolglos zugelassene Vertreter des Beklagten dem Kläger, wenn dieser durch dessen Dazwischentreten das Versäumnisurteil, das er ohne Zulassung im ersten Termin erhalten hätte, erst später erlangt und z. B. andere Gläubiger dem Kläger deshalb zuvorkommen konnten.

β) Mehrkosten verursacht der zugelassene Vertreter, wenn er eine Beweisaufnahme herbeigeführt hat, während später der Beklagte die Klage anerkennt oder Versäumnisurteil gegen sich ergehen läßt. — Oder man denke an den Fall, daß der Vertreter des Beklagten durch Bestreiten der Klagtatsachen eine Beweisaufnahme herbeiführte, daß dann aber der Beklagte auf Grund einer Aufrechnung die Abweisung des Klägers erzielt. (Hier unterliegt der Kläger, aber die Beweisgebühr und die Zeugenkosten hat trotzdem der falsus procurator zu tragen.) — Der Kläger wurde durch den Rechtsanwalt A vertreten; durch dessen Tod ist das Verfahren unterbrochen. Im Termin erscheint B, mit dem A assoziert war, erzielt in der Erwartung, der Kläger werde die Vollmacht auf ihn übertragen, seine Zulassung und verhandelt kontradiktorisch. Der Kläger aber bevollmächtigt den C, und dieser beendigt den Prozeß durch einen Vergleich.

b) Diese Beispiele zeigen die Tragweite des § 89 I, 3. Soweit es sich um einen Schaden handelt, hat der Gegner ihn durch selbständige

---

[21]) Trotz des klaren Wortlautes des § 89 I, 3 a. M. Skonietzki-Gelpcke, Erl. 8a zu § 89.

[22]) Dies ist in den Protokollen der II. Kommission (2 671), von der die Vorschrift beschlossen wurde, ausgesprochen. Der § 89 I, 3 ist das Seitenstück zu den §§ 302 IV, 717 II, 945 (so auch die Denkschrift zur Novelle). Hupka, Haftung 99 meint, die Ersatzpflicht trete „wegen der ohne formelle Legitimation unternommenen Ausübung einer Vollmacht“ ein. Ausübung einer Vollmacht durch einen Vertreter, der bekennt, keine Vollmacht zu haben?

[23]) Vgl. o. I 2, 3 und näher o. § 125 S. 391 f.

Klage zu verfolgen. Nicht nötig ist solche, um die Verurteilung zur Tragung der besonderen Kosten, die der erfolglos Zugelassene zu tragen hat, zu erzielen.[24] Diese Verurteilung[25] hat nicht durch Urteil, sondern als Beschluß zu ergehen; sie ist möglich, auch wenn ein Endurteil gar nicht ergeht, und auch schon vor diesem. Sie bildet, auch wenn sie mit dem Endurteil äußerlich verbunden wird, einen bezüglich der Anfechtung selbständigen Bestandteil desselben (ebenso wie im Falle des § 102). Über die Anfechtung bestimmt das Gesetz nichts. Der § 102 III führt in analoger Anwendung zu der Zulassung der sofortigen Beschwerde.[26])

c) Die Verpflichtung, die der § 89 I, 3 eintreten läßt, ist nicht von einem Verschulden des zugelassenen Vertreters abhängig. Sie ist keine Verpflichtung aus unerlaubter Handlung, sondern ein gesetzliches Schuldverhältnis.[26a]

III. Die Genehmigung.

1. Wie wir in § 128 die Vollmachtserteilung scharf von der Beauftragung unterschieden, so müssen wir hier sondern die Genehmigung 1. als die Erklärung, die der vollmachtslosen Vertretung mit rückwirkender Kraft[27]) Wirkung verleiht, und 2. als die Erklärung, durch die im internen Verhältnisse des Vertreters und des Geschäftsherrn die Wirkung des § 684 [2] BGB. herbeigeführt wird.[28]) Die Genehmigung im zweiten Sinne kann zweifellos gegenüber dem Geschäftsführer erklärt werden, ebenso wie die Erklärung, durch deren Annahme der auf die künftige Geschäftsbesorgung gerichtete Vertrag zustande kommen soll.

Ihren eigenen Regeln folgt die Genehmigung in dem ersten Sinne. Sie hat dieselbe Natur wie die Vollmachtserklärung, und aus den Vorschriften, die über diese gegeben sind, sind die Lücken auszufüllen, die das Gesetz hinsichtlich der Genehmigungsfragen gelassen hat.

2. Die Adresse für die Genehmigung ist das Gericht und der Gegner in demselben Sinne, in dem dieses für die Vollmacht in § 128 dargelegt wurde. Der Vertretene kann die Erklärung entweder direkt an ihre Adresse gelangen

---

[24]) Man beachte den Gegensatz in der Fassung der beiden Halbsätze des Satzes 3 des § 89 I. — Übrigens ist die rechtliche Natur der beiden Verpflichtungen die gleiche insofern, als es sich bei dem Vertreter nicht um die Prozeßkostenpflicht im Sinne des § 91 (99) handelt. Es ist ein Streit mit einem Dritten, der nach § 89 I, 3 zu entscheiden ist; nicht ist es der Rechtsstreit.

[25]) Im Gegensatz zu der Aburteilung über die vom falsus procurator angestellte Klage, vgl. o. I 2 a S. 423.

[26]) Vgl. RG. 53 S. 65, wo das RG. ebenfalls im Wege der Analogie zur Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde gelangt. Für Beschwerde auch Skonietzki-Gelpcke, Erl. 3 zu § 89.

[26a]) Ebenso wie in dem Falle des § 179 BGB. Im Gegensatz zu § 179 III fehlt eine Schutzvorschrift für beschränkt Geschäftsfähige, vgl. o. Note 12a.

[27]) BGB. § 183 hat allgemeine Gültigkeit.

[28]) Es ist sehr wohl denkbar, daß die Genehmigung im zweiten Sinne erteilt wird unter Versagung der Genehmigung der Vertretung. Dann hat jene keine weitere Wirkung, als daß der Geschäftsführer nach § 683 BGB. berechtigt wird.

lassen [29]) oder durch den Vertreter als den Übermittler (Boten). Der Genehmigende muß sie auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er nur mündlich oder nur durch konkludente Handlungen (stillschweigend) genehmigt hat.[30]) Soll aber die Genehmigung die Wirkung haben, daß sie in dem im Laufe befindlichen Prozesse vom Gericht und von dem Gegner beachtet werden muß, so hat sie der Vertreter nicht nur zu behaupten, sondern „beizubringen“ (§ 89 I, 2, 3), d. h. in schriftlicher Form vorzulegen und zu den Gerichtsakten zu geben, wie dies auch für die „Beibringung“ der Vollmacht (§ 89 I, 1) in § 80 vorgeschrieben ist.[31])

Eine Erklärung, die die Partei lediglich an den Vertreter richtet, hat so lange keine Bedeutung für den Prozeß, als sie bloß intern geblieben ist.[32]) Dies gilt hier ebenso wie bei der Bevollmächtigung, mit der die Genehmigung wesensgleich ist. Auf das BGB. kann man sich für das Gegenteil nicht berufen. Zwar bestimmt der § 182 — im Gegensatz zu Entwurf I § 65 — im allgemeinen, daß die Genehmigung nicht nur an den Dritten, sondern auch an den Handelnden gerichtet werden kann. Aber bei der Vertretung wird dies durch § 177 sehr erheblich modifiziert, ja fast aufgehoben. Denn sobald der Gegner den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung aufgefordert hat, kann sie nur an den Gegner erfolgen; die Wirkung einer vorher an den Vertreter erklärten Verweigerung oder Erteilung der Genehmigung ist zunächst in der Schwebe, nämlich abhängig davon, daß der Gegner eine Aufforderung zur Erklärung nicht stellt.[33]) Mit diesen ganz künstlichen Mitteln hat man den Fehler, der in dem § 182 steckt, wieder gut zu machen versucht.[34])

Wie bereits früher (S. 353) betont wurde, sind die Vorschriften des

---

[29]) So auch im Anwaltsprozeß, vgl. o. S. 415.

[30]) Z. B. dadurch, daß er selbst den Prozeß ohne weitere Bemerkung an dem Punkte, an dem er auf Grund der Handlungen des Vertreters angelangt war, fortführt oder durch einen Bevollmächtigten fortführen läßt (RG. 47 S. 415/6), oder dadurch, daß er ein von dem Vertreter erwirktes (für vorläufig vollstreckbar erklärtes) Urteil vollstrecken läßt. Gibt die Partei dem Vertreter nachträglich Vollmacht, so liegt darin im Zweifel die Genehmigung seiner bisherigen Prozeßführung. Wie sie aber einem anderen Anwalt Vollmacht geben könnte, um unter Verweigerung der Genehmigung die Zurückweisung des falsus procurator zu erzielen (o. S. 423), so könnte sie auch den Vertreter selbst sich desavouieren lassen. [31]) Vgl. o. S. 416 f.

[32]) A. M. Wach I 598 (im Einklang mit seiner Lehre über die Adresse der Bevollmächtigungserklärung) und die herrschende Meinung.

[33]) Nur so kann § 177 (die Erklärung „wird unwirksam“) und ebenso §§ 108, 1396 II verstanden werden (ZZP. 29 526). Staudinger-Riezler, Erl. 4 b zu § 108 legt der Aufforderung die Bedeutung einer „richtigen restitutio in integrum“ bei.

[34]) Planck, Erl. 3 zu § 108 sucht dadurch zu helfen, daß er sagt: „Man dürfe darauf vertrauen, daß mündliche Äußerungen des gesetzlichen Vertreters gegenüber dem Minderjährigen, sofern nicht der Wille, eine rechtsgeschäftliche Erklärung abzugeben, klar vorliegt, in der Praxis nur als das aufgefaßt werden, was sie regelmäßig sind, nämlich als Äußerungen der Ansichten und Absichten, nicht als rechtsgeschäftliche Erklärungen.“ Diese richtige Erkenntnis führte in E. I zu der entsprechenden Rechtsvorschrift, in BGB. §§ 1828/9 zu der Abweichung von dem Prinzipe des § 182 und in § 177 zur Hilfe auf einem Umwege.

BGB. über die Vertretung bei Rechtsgeschäften weder direkt für die prozessuale Vertretung maßgebend, noch sind sie einfach entsprechend anzuwenden. Nur zur Ausfüllung von Lücken sind sie verwertbar, und dies nur insofern, als in ihnen ein aus dem Wesen der Vertretung fließender allgemeiner Rechtsgedanke zum Ausdruck gelangt ist. Das ist aber bezüglich des § 182 BGB. zu leugnen. Jedenfalls gilt für die Genehmigung der Vertretung nach der ZPO. nichts weniger als der Satz, daß sie gleichwertig an den Vertreter erklärt werden könne. Durchaus unzulässig ist es, nur den § 182 II anzuwenden.[35]) Mindestens wäre eine entsprechende Anwendung des § 177 II, 1 nötig.[36]) Wie sie aber prozessual durchführbar sein sollte, ist nicht abzusehen.

So gelangen wir zu dem an die Spitze gestellten Satze, der auch mit den bei der gesetzlichen Vertretung geltenden Grundsätzen im Einklang steht.[37]).

3. Ob der Vertretene genehmigen will, ist Sache seiner freien Entschließung. Besteht eine zivilrechtliche Pflicht zur Genehmigung gegenüber dem Geschäftsführer,[38]) so ersetzt dies weder die Vollmacht noch die Genehmigung und ist gegenüber dem Prozeßgegner ohne Wirkung.[39])

4. Bezüglich der Teilbarkeit der Genehmigung wird auf die Ausführungen in § 125 II, § 118 VI, 3 verwiesen.

5. Handelt es sich um eine vollmachtslos vorgenommene Prozeßhandlung, deren Vornahme an eine Frist gebunden ist, so ist die Genehmigung nur wirksam, wenn sie vor Ablauf der Frist erteilt ist.[40])

§ 130.

e) Umfang der prozessualen Vollmacht.

A. Vollmacht zu einzelnen Prozeßhandlungen (Spezialvollmacht).

I. Sie ist zulässig im Parteiprozesse, im Anwaltsprozesse aber nur

---

[35]) So Skonietzki-Gelpcke, Erl. 12 zu § 89.

[36]) So auch Seuffert, Erl. 1 zu § 85. Die im Texte folgende Frage beantwortet Seuffert nicht.

[37]) Vgl. o. § 125 II (S. 389). Anders ist die Rechtslage bei der Zustimmung zu den Rechtshandlungen, die ein Ermächtigter im eigenen Namen vornehmen soll, vgl. o. § 128 [5].

[38]) So etwa, wenn ein Miterbe oder Gesellschafter im eigenen Namen und ohne Vollmacht in dem der Genossen geklagt hat und die Klagerhebung zur ordnungsmäßigen Verwaltung gehört (§ 2038) oder durch zulässigen Mehrheitsbeschluß beschlossen worden ist (§ 709 II BGB.).

[39]) A. M. Skonietzki-Gelpcke, Erl. 11 zu § 89 („kraft Gesetzes gilt die Prozeßführung als genehmigt in den Fällen des § 679 BGB.").

[40]) So mit Recht RG. in JWSchr. 1904 S. 118 [19]. Ebenso übrigens schon das römische Recht (l. 25 § 1 D. 46, 8).

in der Weise, daß der mit „Prozeßvollmacht" versehene Anwalt eine Substitution vornimmt (o. § 126 S. 403).

II. Der Umfang der Spezialvollmacht ergibt sich aus der Vollmachtserklärung[1]) und kann im allgemeinen beliebig bestimmt werden, so auch bezüglich der Dauer. Die Spezialvollmacht ermächtigt zum Empfang von Zustellungen nur dann, wenn sie ausschließlich[2]) oder auch hierauf gerichtet ist. Auch wenn dies der Fall ist, nötigt es nicht dazu, die Zustellung an den Spezialbevollmächtigten zu richten. Die §§ 176, 179 beziehen sich nur auf den Prozeßbevollmächtigten.

III. Hat die Partei einem Spezialbevollmächtigten nicht die Vornahme aller in einem bestimmten Prozeßabschnitte notwendigen Handlungen übertragen, so trägt sie die Folgen der Unvollständigkeit.

In der mündlichen Verhandlung muß sie entweder selbst erscheinen (im Parteiprozesse) oder einen Bevollmächtigten stellen, der für sie vollständig legitimiert ist. Deshalb genügt für sie nur eine solche Spezialvollmacht, die schlechthin auf die Vertretung in der mündlichen Verhandlung lautet,[3]) nicht aber eine Vollmacht, die nur einzelne Handlungen aufführt, zu denen der Vertreter befugt sein soll. Ist ihm generelle Vollmacht für die mündliche Verhandlung erteilt, sind aber Beschränkungen hinzugefügt, so sind diese hinsichtlich der Vertretungsmacht nur in dem Umfang des § 83 I von Bedeutung (B). Dies ist im Gesetz nicht gesagt, es folgt aber notwendig daraus, daß es der Partei nicht freistehen kann, durch eine Beschränkung der Vollmacht dem Gegner die Ausübung seiner Befugnisse (etwa die Erhebung der Widerklage oder Eideszuschiebungen) zu verschließen. — Eine nicht genügende Vollmacht reicht nicht hin, um die Partei als vertreten erscheinen zu lassen. Es ist Versäumnisurteil zulässig. Jedoch wird in solchem Falle das Gericht leicht dem Antrag auf einstweilige Zulassung im Sinne des § 89 I (o. § 129 II) willfahren.

Das alles gilt sowohl für den Parteiprozeß, als auch für die Substitution im Anwaltsprozesse.

IV. Für den Parteiprozeß sieht das Gesetz (§ 116) vor, daß der „armen" Partei (§ 115) ein Rechtskundiger vom Gericht zur Vertretung in der mündlichen Verhandlung beigeordnet wird. Seine Legitimation erhält auch er durch die Bevollmächtigung der Partei. Diese kann in dem Antrag an das Gericht enthalten sein.

B. Die **„Prozeßvollmacht"** ist die schlechthin (allgemein) für die Führung des Prozesses erteilte Vollmacht. Nur sie befugt im Anwaltsprozeß den (beim Prozeßgericht zugelassenen) Anwalt zur Vertretung der Partei. Eine Prozeßvollmacht liegt auch dann vor, wenn der Vertreter zur Führung des Prozesses bevollmächtigt ist, die Partei aber erklärt hat, daß sie die Befugnis zu einzelnen Prozeßhandlungen ausschließe. Über den Umfang der Prozeßvollmacht gibt das Gesetz absolute Vorschriften.[4]) Hierbei ist auszugehen von dem

---

[1]) Die Instruktion (o. S. 421) ist auch hier irrelevant.
[2]) Hierüber vgl. näher §§ 174/5, oben § 128 S. 412/3.
[3]) Sie kann auf eine Verhandlung beschränkt sein.

I. Umfang, den die Vollmacht nach dem Inhalt der Erklärung hat.

Mündliche Bevollmächtigungserklärungen, gemäß denen der Vertreter gehandelt hat, binden seine Partei. Aber der Vorschrift des § 80 kann er nur genügen, wenn die Erklärung in einer Vollmachtsurkunde niedergelegt ist.[5])

1. Die Vertretung des Klägers.

Was der Gegenstand des anhängigen Entscheidungsverfahrens (das abzuurteilende Rechtsverhältnis oder [in der Sprache der ZPO.] der geltendgemachte Anspruch) ist, bestimmt primär die Klage (genauer: der Klagantrag). Ob der Vertreter des Klägers zur Erhebung der Klage befugt ist und ob er gerade den geltend gemachten Anspruch zur Aburteilung stellen kann, bestimmt sich nach dem Inhalt der Vollmachtserklärung des Klägers.

a) Diese ergibt zunächst, zu welcher Art von prozessualer Aktion der Vertreter befugt ist. Die für die Vollstreckung erteilte Vollmacht[6]) ist nicht solche zur Klagerhebung; ebenso nicht die Vollmacht zum Aufgebotsverfahren oder zur Nebenintervention oder zur Ausbringung eines Arrestes. Prozeßvollmacht zur Klagerhebung ist nur diejenige, die entweder ausdrücklich so lautet oder allgemein zur prozessualen Geltendmachung eines Anspruchs bevollmächtigt.[7]) Eine solche Vollmacht ist so auszulegen, daß es dem Vertreter überlassen bleibt, den geeigneten Weg zu wählen, so z. B. den des Zahlungsbefehls oder den der Klage. Lautet aber die Vollmacht ausdrücklich nur auf Erwirkung des Zahlungsbefehls, so verstößt es gegen Wortlaut und vernünftigen Sinn der Vollmacht, wenn der Vertreter sofort zur Klage schreitet.

b) Ferner muß die Vollmacht zur Klagerhebung sowohl die zu verklagende Partei als auch den Anspruch so bezeichnen, daß er gehörig individualisiert ist, also von anderen Rechtsverhältnissen bestimmt unterschieden werden kann.[8]) Es genügt also z. B. nicht, wenn dem Vertreter „wegen Erbrechts" (Gegenstand?), „wegen Forderung" (welche?), „wegen Schadensersatzes", „wegen Hypothek", „in Ehesachen" Vollmacht erteilt wird. Solche Formulierungen lassen es völlig unbestimmt, was Prozeßgegenstand sein soll. Sie bestimmen die Vertretungsmacht in keiner Weise und lassen die höchst wichtige Frage, ob die klagende Partei an die Prozeßführung über den von dem Vertreter bezeichneten Prozeßgegenstand gebunden ist, völlig im Dunkeln. Derartige Vollmachten, denen man in der Praxis häufig begegnet, genügen also nicht. Vielmehr muß der Anspruch nach seinem Gegen-

---

[4]) §§ 81/3. Diese Vorschriften sind das Gegenstück zu dem die gesetzlichen Vertreter betreffenden § 54, vgl. o. S. 386 f.

[5]) Vgl. hierüber näher o. § 128 S. 417 f.

[6]) Etwa auf Grund einer vollstreckbaren Urkunde.

[7]) So z. B., wenn ich „in Sachen gegen B wegen Darlehensforderung Prozeßvollmacht erteile".

[8]) Die Individualisierungsmerkmale sind in Bd. 1 §§ 37/8 dargestellt.

stande und Grunde bestimmt bezeichnet werden.[9]) Juristische Qualifikation der durch die Klage zu verfolgenden Rechtsbehauptung ist natürlich nicht notwendig und selbst für den Anwalt nicht bindend, wie ja auch das Gericht in der rechtlichen Beurteilung völlig suverän ist. Aber der Inhalt der Rechtsbehauptung muß in der Vollmacht angegeben werden.

Die Vollmacht kann schon nach ihrem Inhalt (abgesehen von b) dem Vertreter einen mehr oder weniger weiten Spielraum gewähren. So kann es ihm überlassen sein, alle aus einem angegebenen Tatbestande entspringenden Ansprüche geltend zu machen, oder er kann darauf beschränkt sein, etwa nur einen Teilbetrag oder nur die Zinsen eines Darlehens einzuklagen.[10]) Die Vollmacht, auf Herausgabe einer Sache zu klagen, kann dahin lauten, daß er nur den Besitzanspruch oder nur den Eigentumsanspruch oder daß er beide verfolgen solle.[11]) Ist die Vollmacht fest umgrenzt, so überschreitet der Vertreter den Rahmen der erklärten Vollmacht, wenn er statt der Wechselforderung die Kaufgeldforderung, statt des Teilbetrags von 2600 M. die ganze Forderung von 50000 M., statt der Zinsen auch das Hauptgeld usw. einklagt. Seine Befugnis hierzu könnte nur auf besonderer gesetzlicher Bestimmung beruhen (2). — Besonders zu

[9]) In Ehestreitigkeiten versteht es sich also ganz von selbst, daß die Vollmacht mindestens ihre Art (§ 606 I) anzugeben hat, ebenso auch, daß der zur Feststellungsklage bevollmächtigte Anwalt nicht auf Scheidung klagen kann usw. Ebenso selbstverständlich ist, daß eine Generalvollmacht gültig nur für den vermögensrechtlichen Verkehr gegeben werden kann, also nicht zur Vertretung in Ehesachen befugt (auch nicht für die Zustellung der Klagschrift, wie im Hinblick auf § 173 allgemein angenommen wird). Die Novelle von 1898 hat nun bestimmt, daß „der Bevollmächtigte des klagenden Ehegatten einer besonderen, auf den Rechtsstreit gerichteten Vollmacht bedarf“ (§ 613). Es ist streitig, ob der § 613 bedeutet, daß bei der Ehescheidungs- und Anfechtungsklage der Grund, der das geltend gemachte Recht individualisiert (o. Bd. 1 § 37 III), in der Vollmacht bezeichnet werden muß und daß der Kläger (Widerkläger) zur Geltendmachung eines anderen Grundes nicht legitimiert sein soll. Dies war die Meinung der 2. Kommission des BGB. (Prot. Bd. 6 675) und des Regierungsvertreters in der Kommissionsberatung (über Novelle § 573b, Hahn S. 380). Dagegen wurde als Meinung der Prozeßkommission konstatiert, daß unter der besonderen Vollmacht lediglich „eine auf den speziellen Ehestreit gerichtete Vollmacht zu verstehen sei“. Allein dies versteht sich für alle Klagen von selbst und ist deshalb nicht als Sinn des Gesetzes anzunehmen. Das Gesetz ist nicht von der Kommission erlassen; wenn man einmal auf die Äußerung der bei der Entstehung beteiligten Personen Rücksicht nehmen will, so sind die anderen oben berichteten Äußerungen mindestens von gleich großer Bedeutung. Diese haben auch einen sehr vernünftigen Sinn. Der § 613 will sicherstellen, daß ohne den Willen des Ehegatten kein Scheidungs- und Anfechtungsgrund geltend gemacht werden kann. Das gilt sowohl für die Klagerhebung, als auch im Laufe des Verfahrens (§ 614). Die Kommentare folgen der Meinung der Prozeßkommission; Gaupp-Stein u. Seuffert (zu § 613) wollen den § 613 gegen Wortlaut und Sinn auch auf den klagenden Dritten (§ 632 I) beziehen. Vgl. auch u. Note 17.

[10]) Die Geltendmachung von Nebenforderungen wird man im Zweifel als selbstverständlich mitgemeint anzusehen haben, wenn die Vollmacht auf die der Hauptforderung lautet.

[11]) Andere Beispiele für allgemein lautende Vollmachten: Sie sind gerichtet auf Vertretung in der Streitigkeit mit dem Beklagten wegen Grenzüberschreitung, im Mietstreit wegen verspäteter Überlassung des vermieteten Ladens, im Streit mit dem Erbschaftsbesitzer wegen der Erbschaft.

erwähnen ist schon hier die Möglichkeit, daß die Vollmacht einen weiteren Umfang hat, als die dem Vertreter gegebene Instruktion, was zwar nicht für den Prozeß, wohl aber für das interne Verhältnis (namentlich für den Umfang der zu zahlenden Gebühren) von Bedeutung ist, ferner auch die Möglichkeit, daß die Vollmacht und die Instruktion auf mehr lauten, als der Vertreter zunächst tut. So erschöpft die Klage den ganzen Inhalt der Vollmacht von vornherein noch nicht, wenn diese (und der Auftrag) auf Einklagung der ganzen Forderung von 50000 M. ging, die Klage aber vorsichtshalber nur auf 2600 M. gerichtet wurde.

c) Daß die Vollmacht das anzugehende Gericht bezeichnen müsse, ist nirgends gefordert und durch innere Gründe nicht geboten. Vielmehr kann die Wahl dem Bevollmächtigten überlassen sein, und vollmachtsgemäß[12]) ist sie ihm überlassen, wenn das Prozeßgericht in der Vollmacht nicht angegeben ist.[12a]) — Ist aber ein bestimmtes Gericht bezeichnet, so handelt der Vertreter ohne Vollmacht, wenn er bei einem anderen Gerichte klagt.

2. Der Beklagte genügt dem Erfordernisse der Bestimmtheit der Prozeßvollmacht in einfachster Weise dadurch, daß er sie mit Hinweis auf die erhobene oder erwartete Klage erteilt. Lautet sie einfach auf „Vertretung in diesem Rechtsstreite", so wird damit dem Vertreter das Weitere schon nach ihrem Wortlaut überlassen. Denkbar ist es aber auch, daß die Vollmacht beschränkt lautet, etwa nur auf Verteidigung gegenüber der Klage.

II. Umfang der Vollmacht nach Maßgabe des Gesetzes.

Der Vertreter des Klägers handelt vollmachtslos, wenn er klagt, obwohl die Vollmacht nur zu einer anderen Art der Rechtsverfolgung erteilt ist, oder wenn er die Klage über einen anderen oder auch nur größeren Prozeßgegenstand oder vor einem anderen Gerichte erhebt, als es die Vollmacht festsetzt. Ebenso würde dem Vertreter des Beklagten die Vertretungsmacht fehlen, wenn er, anstatt die ihm übertragene Verteidigung in dem erwarteten oder schon begonnenen Prozesse zu führen, klageweise gegen den Gegner vorgehen oder, anstatt die Widerklage zu erheben, einen selbständigen Prozeß anstrengen würde.

Ist aber vollmachtsgemäß die Klage erhoben, so bestimmt das Gesetz für den weiteren Verlauf „des Rechtsstreits"[13]) den Umfang der Vollmacht nicht nur hinsichtlich der einzelnen dem Zwecke der Erledigung jenes Rechtsstreits dienenden Befugnisse (S. 439 f.), sondern auch hinsichtlich der Frage, was alles zu jenem Rechtsstreite gehört (S. 435 f.). Die generelle Vorschrift, die die nach manchen früheren Rechten nötigen Spezialvollmachten

[12]) Gegensatz: auftragsgemäß.
[12a]) Über Wiederholung der abgewiesenen Klage s. u. bei Note 69.
[13]) Hiermit meint der § 81 nicht irgendwelchen, sondern den Rechtsstreit, wie er sich aus dem zuvor Gesagten ergibt.

beseitigt und zwecks glatter Abwicklung des Prozesses dem Prozeßbevollmächtigten eine außerordentliche Freiheit der Bewegung gestattet, lautet: „Die Prozeßvollmacht ermächtigt zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen.“ Das Gesetz (§ 81) führt dann noch eine Reihe von einzelnen Handlungen auf, teils um jeden Zweifel auszuschließen,[14]) teils auch, indem es die Vollmacht auf Rechtshandlungen erstreckt, die nicht oder nicht nur als Prozeßhandlungen betrachtet werden können.[15])

1. Hinsichtlich des äußeren Umfangs umfaßt die Vollmacht die aktive und passive[16]) Vertretung nicht nur für den Rechtsstreit, wie er sich ursprünglich darstellt, sondern

a) objektiv auch für die Erweiterungen und Veränderungen, die er im Laufe des Verfahrens erfahren kann:

durch eine Widerklage,[17]) selbstverständlich nur eine solche, die im Sinne der §§ 33 I, 280 mit der Vorklage in rechtlichem Zusammenhange steht;[18])

durch eine Erweiterung der Klage in Beziehung auf streitig gewordene präjudizielle Vorfragen (§ 280) und auf Haupt- oder Nebenforderungen im Sinne des § 268 Nr. 2 (d. h. ohne Änderung des Klaggrundes), sowie durch Geltendmachung der Ersatzforderung im Sinne des § 268 Nr. 3, nach allgemeiner Meinung aber überhaupt durch jede Klagänderung;[19])

---

[14]) Hier ist die Gefahr, ein falsches argumentum e contrario aus der Aufzählung zu ziehen, besonders groß.

[15]) Die Art, wie der § 81 sich ausdrückt, ist eine Quelle vieler Streitigkeiten. Zweifellosen Prozeßhandlungen wird dieser Charakter deshalb abgesprochen, weil sie in § 81 besonders aufgeführt sind.

[16]) Die Handlungen, zu denen die Prozeßvollmacht nach § 81 ermächtigt, sind nicht nur eigene Handlungen, s. o. § 120 S. 346/7 (passive Vertretung).

[17]) So ausdrücklich § 81, den die allgemeine Meinung auch auf die Erhebung der Widerklage bezieht. So Wach I 574[21], Löning, ZZP. I 72f. und alle Kommentare. — Gemäß § 613 (s. o. Note 9) bedarf der Vertreter des Widerklägers einer besonderen Vollmacht, ebenso auch der des Klägers, wenn er einen in der Vollmacht nicht schon angegebenen Scheidungs- oder Anfechtungsgrund geltend machen will (was die Geltendmachung eines neuen Scheidungs- oder Anfechtungsrechtes bedeutet, s. o. Bd. 1 § 37 III) oder wenn er von der Scheidungs- zur Anfechtungsklage (oder umgekehrt) übergeht. Das Gesetz will absolut sicherstellen, daß die Ehe nicht aus einem Grunde aufgehoben werde, den die Partei nicht geltend machen will.

[18]) So mit Recht Planck I 230.

[19]) Das Gesetz schweigt über die Klagänderung. (Über die Entstehungsgeschichte des § 81 und die dabei geäußerten Meinungen s. Wach I 574[20].) Ganz unbedenklich ist die im Texte bezeichnete Meinung, wenn man schon jede Anführung von wesentlichen neuen Tatsachen (auch solchen, durch die der Prozeßgegenstand nicht geändert wird) als Klagänderung betrachtet, z. B. Angabe eines neuen Eigentumserwerbsgrundes. Nicht unbedenklich ist diese Meinung, wenn auch die Einführung eines völlig neuen Prozeßgegenstandes, der mit dem bisherigen in keinem rechtlichen Zusammenhang steht, als zulässig betrachtet wird und es so nur von der Zustimmung des Gegners abhängt, ob über etwas ganz anderes erkannt wird, als worauf die Vollmacht lautet. Über Ehesachen s. Note 9, 17.

durch eine Nebenintervention und eine Hauptintervention.[20]

b) Die Prozeßvollmacht umfaßt die Vertretung in dem ganzen Verlauf des Rechtsstreits, also

α) selbstverständlich die Vertretung im Nachverfahren, welches nach Erlaß eines Vorbehaltsurteils stattfindet (§§ 302, 540, 600);

im Verfahren in der höheren Instanz;[21]

im ordentlichen Verfahren, das stattfindet, wenn der Kläger vom Urkundenprozesse absteht (§ 596);

im Verfahren, das in der unteren Instanz stattfindet, nachdem die höhere die Sache zurückverwiesen hat (§§ 538 9, 565);

im Kostenfestsetzungsverfahren (§ 104);

im Verfahren, das sich nach Erwirkung eines Zahlungsbefehls infolge des Widerspruchs in den ordentlichen Formen entwickelt (§ 696), und zwar auch dann, wenn eine vor dem Landgericht zu erhebende Klage nötig ist;[22]

im Verfahren, das sich wegen Erfolglosigkeit der Vollstreckung infolge der Klage auf das Interesse (§ 893 II) entwickelt;

im gewöhnlichen Prozeßverfahren, welches durch Klage auf Feststellung

---

[20]) Letztere läßt ausdrücklich der § 82 zu. Die Motive rechtfertigen die Vorschrift (unter Verwendung eines fingierten Parteiwillens) mit dem engen Zusammenhang, in dem der Erstprozeß (zu dem Vollmacht erteilt ist) mit dem Hauptinterventionsprozesse steht, erkennen aber an, daß es sich um eine singuläre Vorschrift handelt. Das trifft zu. Denn die Hauptintervention ist trotz der Überschrift vor § 64 keine Beteiligung an einem fremden Rechtsstreit. Die Vollmacht zur Klage gegen den A berechtigt übrigens nicht dazu, daß der Vertreter, statt den A allein zu verklagen, gegen den A und den X eine Hauptintervention erhebt. Gegenüber dem X ist er nicht legitimiert.

[21]) Das folgt schon aus dem Begriff der Prozeßvollmacht als Vollmacht für den ganzen Prozeß und aus den Eingangsworten des § 81. Ist der Vertreter bei der höheren Instanz (z. B. Amtsgericht — Landgericht) zugelassen, so kann er deshalb ohne weiteres selbst in ihr handeln. Ist er es nicht, so ist er gehindert, die Vollmacht auszuüben. Aber er kann dann einen Prozeßbevollmächtigten für die zweite Instanz bestellen. Dies hebt § 81 zur Beseitigung jedes Zweifels hervor, obwohl es schon aus der generellen Bestimmung seiner Eingangsworte zu schließen wäre. Dieser Gesichtspunkt ist nicht ohne Bedeutung. Er führt zu der Erkenntnis, daß ein mit Prozeßvollmacht versehener Vertreter einen Bevollmächtigten auch dann bestellen kann, wenn das Verfahren sich nicht gerade im Instanzenzuge bei einem anderen Gerichte abspielt. Beispiele Note 22, 24 9, 31. A. M. Skonietzki-Gelpcke, Erl. 3, OLG. Celle in Seuff. Arch. 57 S. 38 unter Festhaltung des Wortlauts: „höhere Instanzen".

[22]) Gemäß § 697. Spielt sich das ordentliche Verfahren vor dem Amtsgericht ab (§ 696), so genügt zur Fortsetzung des Prozesses einfache Ladung (durch Kläger oder Beklagten). Gehört die Forderung vor die Landgerichte (§ 697), so muß das Gesuch des Klägers die Form der Klage haben. Aber es handelt sich auch dann um Fortsetzung des Prozesses, der nun in die ordentliche Form übergeht (arg. § 695 2). Daß Klage erforderlich ist, ist hier so wenig wie im Falle der Note 24 f. entscheidend; ebenso steht unserer Auffassung nicht entgegen, daß ein anderes Gericht an Stelle des Amtsgerichts tritt. Das ist auch in den Fällen der §§ 276, 505/6 so. Hier verweist das Gericht, dort gewissermaßen der Kläger (auf Grund des Gesetzes). Richtig Seuffert, Erl. 2 zu § 81, während Gaupp-Stein zu § 697 auf die Form der Klage zu großes Gewicht legt. — Ist der Vertreter nicht bei dem Landgericht zugelassen, so kann er einen Bevollmächtigten bei diesem bestellen. Vgl. Note 21.

einzuleiten ist, wenn im Konkurse der Anmeldung einer Forderung Widerspruch entgegengesetzt ist;[23])

β) nach ausdrücklicher Vorschrift (§ 81) aber auch im Wiederaufnahmeverfahren und hinsichtlich der Zwangsvollstreckung.

aa) Das Wiederaufnahmeverfahren (§ 578) ist ein Anhangsprozeß, der zwar formell durch Klage[24]) eingeleitet wird, materiell aber nichts anderes als die aus außerordentlichen Gründen geschehende Fortsetzung des alten („wiederaufgenommenen") Verfahrens darstellt.[25]) Was für das Wiederaufnahmeverfahren bestimmt ist, ist keine Ausnahmevorschrift für diese einzelne Art von Anhangsprozeß, sondern gilt allgemein. So haben die Prozeßbevollmächtigten aktiv und passiv die Vertretung bei der Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel[26]) und bei der Widerspruchsklage des Schuldners,[27]) in dem Verfahren, das durch Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses oder nach Ablehnung der beantragten Wiederaufhebung durch Klage auf diese entsteht,[28]) in dem Verfahren, das durch Anfechtung eines Ausschlußurteils entsteht.[29])

bb) Die Vorschrift des § 81 bezüglich der Zwangsvollstreckung hat folgende Tragweite. Ergibt sich in dem Prozesse, für den ein Prozeßbevollmächtigter bestellt ist, die Möglichkeit, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, so hat jener die Befugnis, im Namen des Vollstreckungsberechtigten[30]) die Zwangsvollstreckung zu betreiben[31]) und alle zu diesem Zwecke erforderlichen Prozeßhandlungen vorzunehmen.[32]) Er hat aber auch die passive Vertretung gegenüber allen Gesuchen (ein-

---

[23]) Im Text ist nur die Frage beantwortet, ob die auf Vertretung im Konkurse gerichtete Vollmacht auch zur Feststellungsklage (KO. § 146) befugt. Eine andere Frage ist, ob die Prozeßvollmacht die Vertretung im Konkurse umfaßt. Vgl. u. bei Note 35 f.

[24]) Sie kann passend als Rechtsmittelklage bezeichnet werden.

[25]) Vgl. o. Bd. 1 § 62 II. Die Zulässigkeit der Wiederaufnahme und die Fortdauer der Vollmacht zeigen, daß das Prozeßverhältnis mit der Rechtskraft des Endurteils nicht völlig zu erlöschen braucht. Vgl. Hellwig, Rechtskraft § 26 (S. 179 f.).

[26]) § 731. Vgl. Note 21. Eine andere Frage ist, ob der für den als Rechtsnachfolger Bezeichneten auftretende Vertreter nicht eine neue Vollmacht vorlegen muß (§ 86 ²), s. u. § 133 III.

[27]) §§ 767/8, 785/6, 796/7. — Für diese Fälle und die Fälle der Note 26 ist das Gesagte schon aus der Bestimmung des § 81 über die Vollstreckung zu folgern, obwohl es sich nicht eigentlich um Vollstreckungsmaßregeln, sondern um Beschaffung des Vollstreckungstitels bzw. um Abwendung der Vollstreckung handelt. Ausdrücklich bestätigend § 178.

[28]) §§ 666 (vgl. nam. § 666 III), 679. Die Vollmacht im Verfahren, das mit dem Beschluß des Amtsgerichts endigt, bezieht sich auch auf den Anhangsprozeß, wenn sie allgemein auf Vertretung im Entmündigungsverfahren lautet, was nicht nötig ist (§ 83 II). A. M. Skonietzki-Gelpcke, Erl. 3 b zu § 81.

[29]) §§ 957/8, 973/6. In Betracht kommt 1. die Vertretung des Antragstellers gegenüber der Anfechtungsklage, 2. die Vertretung eines Passiv-Beteiligten, in dessen Namen das Ausschlußurteil anzufechten ist. Voraussetzung ist, daß die Vollmacht allgemein lautet und nicht auf das Verfahren vor dem Aufgebotsgericht beschränkt ist (zulässig nach § 83 II). — A. M. Skonietzki-Gelpcke, Erl. 3 c zu § 81.

[30]) Des „Gläubigers" im Sinne des 8. Buchs der ZPO. Bezüglich der Prozeßkosten kann es auch der Beklagte sein.

[31]) So ist er auch für das Verteilungsverfahren und den sich aus ihm entwickelnden Widerspruchsprozeß (§ 878) vertretungsberechtigt, nicht aber für die Erhebung der Klage gegen einen Drittschuldner (§§ 836, 846, 856). Denn diese beginnt auch materiell einen neuen, völlig selbständigen Prozeß. A. M. Seuffert, Erl. 2, Gaupp-Stein, Erl. II a⁶ zu § 81.

[32]) So natürlich auch dann, wenn das durch Klage eingeleitete Entscheidungsverfahren durch rechtskräftige Verurteilung beendigt ist. Damit ist nur ein Teil der

schließlich der Klagen), zu denen der Beginn und Verlauf der Vollstreckung dem Schuldner oder Dritten, die durch eine Vollstreckungsmaßregel verletzt werden, Veranlassung gibt.[33]) Anderseits hat der Bevollmächtigte des Schuldners auf Grund des § 81 die passive Vertretung gegenüber den Prozeßhandlungen, die im Vollstreckungsverfahren gegenüber dem Schuldner vorzunehmen sind, wie z. B. die für den Beginn der Vollstreckung nötige Zustellung des Vollstreckungstitels (§ 750) oder die Zustellung des Pfändungsbeschlusses (§ 830). Die aktive Vertretung liegt ihm ob bezüglich der Anträge, die namens des Schuldners aus Anlaß der drohenden oder der vollzogenen Vollstreckung zu stellen sind. Insbesondere hat er die Widerspruchsrechte des Schuldners geltend zu machen, so auch dann, wenn es nicht durch einfaches Gesuch (§§ 732, 766, 775,6), sondern durch Klage zu geschehen hat.[34])

Lautet die Vollmacht auf gerichtliche Verfolgung einer Forderung (zwecks Befriedigung)[35]) und wird über den Schuldner Konkurs eröffnet, so verändert sich nur die Art der Rechtsverfolgung: Die Zulassung zur Befriedigung wird verlangt durch „Anmeldung" der Forderung (nötig auch dann, wenn die Klage schon erhoben war); die Befriedigung erhält der Gläubiger durch Teilnahme am Verteilungsverfahren. Daraus, daß infolge der Veränderung der Umstände die Art der gerichtlichen Geltendmachung der Forderung eine andere wird und daß die Prüfung ihres Bestehens und die Befriedigung in einem eigentümlich geregelten Verfahren stattfinden und daß diese zwangsweise Befriedigung aller Konkursgläubiger in einem besonderen Gesetze und nicht in der ZPO. selbst geordnet ist:[36]) aus keinem dieser Momente kann geschlossen werden, daß die Prozeßvollmacht nicht auch zur Vertretung im Konkurse legitimiere.[37])

c) Die Prozeßvollmacht umfaßt gegenständlich auch die Hilfsaktionen, die durch besondere Umstände veranlaßt werden können, so z. B. die Nachsuchung des Armenrechts (§ 118), das Gesuch um Bestimmung

---

Aufgaben erledigt, die mit der Vollmacht zur Klage auf Verurteilung dem Prozeßbevollmächtigten gestellt sind. Der § 81 ist bezüglich der Zwangsvollstreckung nicht etwa eine Ausnahmevorschrift.

[33]) §§ 732, 766, 767,8, 785,6, 796,7 (s. Note 34); 771, 805 (Widerspruchsklage Dritter). Die letztere kann mit der Hauptinterventionsklage konkurrieren (wenn der Prozeßgegenstand und der Gegenstand der Vollstreckung identisch sind). Aber ihr Charakter ist durchaus verschieden. Auf § 82 (Hauptintervention) kann man sich also nicht berufen (a. M. Wach I 574[20] a. E.). Aber die Legitimation des Bevollmächtigten, der den Gläubiger bei der Vollstreckung vertritt, gegenüber der Interventionsklage folgt aus ihrer Natur als Widerspruchsklage. So auch die allgemeine Meinung (bes. Voß, Arch. f. ziv. Pr. 71 279 f.) gegen Petersen, ZZP. 9 362 f.

[34]) §§ 767,8, 785,6, 796,7. Hat der vollstreckende Gläubiger einen speziellen Bevollmächtigten nur für die Zwangsvollstreckung neben dem (nicht nach § 87 beseitigten) Prozeßbevollmächtigten, so hat dennoch der letztere die Vertretung gegenüber den Klagen, die bei dem Prozeßgerichte (als Anhangsklagen) anzustellen sind (arg. § 178).

[35]) Das bedeutet auch die Vollmacht zur Klage auf Verurteilung (arg. § 81), nicht aber die Vollmacht zur Klage auf bloße Feststellung eines Schuldverhältnisses.

[36]) Vgl. o. Bd. 1 § 9[65]. — Zu anderen Resultaten gelangt man natürlich, wenn man den Konkurs nicht zur streitigen Gerichtsbarkeit zählt.

[37]) So Wach I 575[24] und die Kommentare zu § 81. Richtig Seuffert, Erl. 2 zu § 80 und (hinsichtlich des Stempelrechts) Kammergericht, Pr. JMBl. 1902, 50 u. KammGJahrb. 23 29. Unsere Ansicht steht im Einklang damit, daß der anhängige Prozeß (über die Forderung) durch den Konkurs unterbrochen wird (§ 240) und im Falle eines Widerspruchs durch Aufnahme zu betreiben ist (KO. § 146 III, VI). Und zu dem, was in der Mitte liegt, sollte der Prozeßbevollmächtigte nicht legitimiert sein?

des zuständigen Gerichts (§ 36), das Gesuch um Beweissicherung. Dementsprechend sagt auch das Gesetz (§ 82) ausdrücklich, daß der Prozeßbevollmächtigte zur Erwirkung des Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung befugt ist. Diese Maßregeln dienen der Sicherung der demnächstigen Realisierung des Rechts, und die Befugnis zu letzterer schließt erstere in sich.

d) Der Vertreter behält seine Vertretungsmacht auch dann, wenn das Prozeßverhältnis in subjektiven Beziehungen Wandlungen erfährt, so:

wenn auf der Seite einer Partei eine Rechtsnachfolge in das Prozeßverhältnis stattfindet, sei es infolge einer Sukzession in den Prozeßgegenstand, sei es aus anderen Gründen,[38]) insbesondere durch Übernahme;[39])

wenn an Stelle des Prozeßgerichts ein anderes tritt[40]) oder wenn der Prozeß in die höhere Instanz gelangt[41]) oder wenn der bei dem einen Gericht begonnene Prozeß sich bei einem anderen Gerichte in anderer Weise als infolge der Einlegung eines „Rechtsmittels" fortsetzt.[42])

2. Innerhalb dieser Grenzen, durch die mehr der äußere Umfang des von dem Prozeßbevollmächtigten zu führenden Rechtsstreits abgesteckt ist, ermächtigt die Prozeßvollmacht „zu allen ihn betreffenden Prozeßhandlungen" (§ 81), also

a) prinzipiell nur zu Prozeßhandlungen, zu ihnen aber ohne jede Ausnahme.

Eine Einteilung nach der Art, wie sie vorgenommen werden, an welche Adresse sie zu richten sind und welche Bedeutung sie haben, ist in der Lehre von den prozessualen Handlungen zu geben. Sie unterbleibt hier, weil sie in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung ist. Eine Aufzählung aller einzelnen Prozeßhandlungen zu versuchen, ist gefährlich, weil sie doch nicht vollständig sein kann. Nur einige Punkte, über die Streit herrscht oder die das Gesetz besonders hervorhebt, sind zu erörtern.

Eine Handlung, die, von der Partei selbst vorgenommen, keine Prozeßhandlung sein würde, ist es auch nicht, wenn sie von dem Prozeßbevollmächtigten vorgenommen wird. Die Prozeßvollmacht umfaßt solche also nicht; sie binden die Partei nicht. Aber alle Handlungen, die, von der Partei selbst vorgenommen, Prozeßhandlungen und im Parteiprozesse gültig wären, sind auch bindende und berechtigende Prozeßhandlungen des mit Prozeßvollmacht versehenen Vertreters.

---

[38]) Das Gesagte gilt sowohl bei dem Wechsel der von dem Bevollmächtigten vertretenen Partei, als auch bei dem Wechsel des Gegners.

[39]) So bei der laudatio auctoris (§§ 76/7), beim Eintritt des Rechtsnachfolgers in den Fällen der §§ 265 II, 2, 266, ferner im Falle des § 75. Der Vertreter kann also die Zustimmung zum Parteiwechsel wirksam geben.

[40]) So bei den Verweisungen in den Fällen der §§ 276, 505/6. Hier „bleiben die Wirkungen der Rechtshängigkeit bestehen"; anders ausgedrückt: Das Prozeßverhältnis bleibt bestehen. [41]) S. o. S. 436[21].

[42]) Gemeint sind die o. Note 22, 24/9, 31 bezeichneten Fälle, insbesondere die Anhangsprozesse (Anfechtung durch Klage).

Demnach sind es zunächst alle diejenigen, die dem Prozeßzweck, also der Herbeiführung der Urteilsfällung durch Betrieb des Verfahrens und durch Vorlegung des Prozeßmaterials, dienen. Darunter gehören auch solche, welche die Geltendmachung eines zivilrechtlichen Gestaltungsrechts enthalten. Das ist ganz zweifellos bezüglich derjenigen, die nur durch gerichtliche Erklärung geltend gemacht werden können,[43]) streitig, aber nicht minder zu bejahen bei denen, die durch einfache Erklärung (auch außergerichtliche) ausgeübt werden.[44]) Wie aber eine Aufrechnung und dgl., die die Partei selbst außerhalb der mündlichen Verhandlung erklärt, keine Prozeßhandlung ist[45]), und daher auch in beliebiger Form geschehen kann, so wäre auch die Ausübung eines Gestaltungsrechts, die von ihrem Prozeßbevollmächtigten außerhalb der mündlichen Verhandlung versucht würde, keine Prozeßhandlung und deshalb als solche[46]) unwirksam. Gewisse Gestaltungsrechte sind durch Erklärung an eine besondere Behörde auszuüben; diese können nicht in einer Prozeßhandlung zur Ausübung gelangen und sind deshalb nicht vom Prozeßbevollmächtigten geltend zu machen.[47])

Ausdrücklich sind unter den Handlungen, die unter die Vollmacht fallen, Anerkenntnis, Klagverzicht und Vergleich erwähnt. Über letzteren ist sogleich (S. 442) zu sprechen. Die ersten beiden sind nur als die Prozeßhandlungen der §§ 306/7 gemeint, fallen also schon unter die generelle Bestimmung des ersten Satzes des § 81 und können deshalb im Parteiprozesse auch von demjenigen Vertreter vorgenommen werden, der Einzelvollmacht für die mündliche Verhandlung besitzt. Unrichtig ist die Meinung,[48]) daß der Bevollmächtigte sie auch außergerichtlich vornehmen könne.

---

[43]) Sei es durch Widerklage [z. B. BGB. § 2342 (Erbunwürdigkeit), § 1342 (Eheanfechtung), § 343 (Herabsetzung einer Vertragsstrafe)], sei es ohne eine solche, so nach der Judikatur des RG. beim Gläubigeranfechtungsrecht (RG. 58 Nr. 11 [VII. S.] im Gegensatz zu RG. 52 S. 341, 57 S. 31, vgl. dazu Hellwig, DJZ. 1905 S. 250), ferner bei den Prozeßeinrederechten (o. Bd. 1 § 38), nach der herrschenden Ansicht auch bei den zivilen Einrederechten (o. Bd. 1 § 36).

[44]) So bei den Einrederechten (auch wenn sie auf ein Wandlungs- oder Minderungsrecht [§ 478 BGB.] gestützt werden, vgl. o. Bd. 1 § 36 [41 f.]), bei der Aufrechnung, bei der Anfechtung im Falle BGB. §§ 119, 123, 143, beim Rücktritt, bei Kündigung, Wahlerklärung usw. Die anfänglichen Zweifel, ob die Prozeßvollmacht (aktiv und passiv) sich auf unsere Fälle erstrecke, sind so gut wie überwunden, seitdem das RG. in konstanter Praxis (48 S. 218, 50 Nr. 109, 53 S. 148) es bejaht. Planck (3) Erl. 2 zu § 388 BGB. hält allerdings noch jetzt die Meinung aufrecht, daß mit dem BGB. eine totale Änderung gegenüber dem bisherigen Rechte eingetreten sei. Lit. o. Bd. 1 § 35 [15—17].

[45]) Das ist nur die Geltendmachung der Rechtsfolge, welche durch das zivile Rechtsgeschäft bereits eingetreten ist. Dazu ist im Anwaltsprozesse nur der Anwalt befähigt.

[46]) Ob sie nach privatrechtlichen Vertretungsgrundsätzen wirksam wäre, ist eine andere Frage.

[47]) So die Anfechtung einer Erbeseinsetzung (§ 2082), einer Ehe nach dem Tode (§ 1342), einer Erbschaftsausschlagung oder -annahme (§ 1955). — Über das Ganze vgl. o. Bd. 1 § 35.

Der Prozeßbevollmächtigte ist ferner auch zu denjenigen Prozeßhandlungen befugt, durch die das Prozeßverhältnis in außergewöhnlicher Weise beendigt oder einstweilen zum Stillstande gebracht wird (§ 251). Unter den ersten Gesichtspunkt fällt die Zurücknahme der Klage (§ 271) und entsprechend die Zurücknahme des Einspruchs oder eines Rechtsmittels, mögen sie durch einseitigen Akt oder durch Vereinbarung geschehen.[49]) Die Befugnis zu diesen Akten kann nicht ausgeschlossen werden.

Besonders erwähnt ist in dem Gesetze (§ 81) die Befugnis zur Bestellung eines Substituten (des Prozeßbevollmächtigten) und zur Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten (der Partei) für die höhere Instanz.[50])

b) Zu privatrechtlichen Geschäften ermächtigt die Prozeßvollmacht als solche nicht. Dieser Grundsatz ergibt sich aus der Prozeßvollmacht als der Vollmacht zur Prozeßführung. Gelegentlich des Prozesses können zivile Rechtsgeschäfte geschlossen werden, aber die Prozeßführung geht auf Rechtsfeststellung und Rechtsverwirklichung, nicht auf Veränderung des materiellen Rechtszustandes. Der bezeichnete Grundsatz ist im Gesetz indirekt dadurch ausgesprochen, daß die generelle Norm des § 81 nur die Prozeßhandlungen erwähnt.

Keine Ausnahme macht das Gesetz, indem es Klaganerkenntnis und Klagverzicht besonders erwähnt (S. 440), wohl aber dadurch, daß die Vollmacht ohne weiteres die Ermächtigung enthält:

α) zur Empfangnahme der vom Gegner zu erstattenden Kosten (nicht des Streitgegenstandes),[51])

---

[48]) So Gaupp-Stein, Erl. II b, Seuffert, Erl. 4 ad c, d zu § 81 u. a. Man hält Anerkenntnis und Verzicht auf den Klaganspruch als (einseitige) Prozeßhandlungen und die zivilen Rechtsgeschäfte nicht auseinander. Vgl. darüber o. § 125 I 3 b (S. 387). Wäre die bekämpfte Ansicht richtig, so könnte der Vertreter durch den Anerkennungsvertrag des § 781 BGB. einen neuen Schuldgrund schaffen und die Forderung oder sonstige Rechte aufgeben (je nachdem durch Vertrag oder einseitige Erklärung). Die Unrichtigkeit dieser Ansicht erhellt schlagend schon daraus, daß der Prozeßbevollmächtigte den Streitgegenstand nicht in Empfang nehmen kann. Das ist von allen Seiten anerkannt, bedeutet aber doch eben, daß er über die Forderung nicht durch ihre Aufgabe (gegen Empfang) verfügen kann. Und ohne Empfang sollte er es können? Als ein offenbarer Widerspruch erscheint es mir, wenn Seuffert in Erl. 4 vor e zu § 81 die Ermächtigung zu außergerichtlichem Verzicht bejaht (da das Gesetz nicht unterscheide), bei e aber die Befugnis zum Erlaß leugnet. — Das ist natürlich möglich, daß der Vertreter außergerichtlich oder in der Verhandlung anerkennt, daß der Klaganspruch bestehe oder nicht bestehe. Aber das hat stets Bedeutung nur als außergerichtliches Geständnis, und sein Beweiswert hängt ganz von den Umständen ab. Es hat keinen größeren oder geringeren Wert, als etwa ein solches von einem anderen Vertrauensmann der Partei abgelegtes Geständnis. Hierfür ist auch die Ausschließung des § 83 I ohne Bedeutung.

[49]) Vgl. o. § 125 S. 386 f.

[50]) Vgl. hierüber schon o. § 126 IV und in diesem Paragraph die Note 21 über die Fälle, wo es sich nicht um den Instanzenzug handelt, ferner o. § 128 (S. 409) über die Natur der Bevollmächtigung als Prozeßhandlung.

[51]) § 81 a. E. Die Ausnahme hängt mit der Natur der Prozeßkostenpflicht zusammen, vgl. o. S. 48. — Im Falle des § 124 wird nicht im Namen der Partei, sondern kraft eigenen Rechts (Pfandrechts) gehandelt. — Betreibt der Bevollmäch-

Demnach sind es zunächst alle diejenigen, die dem Prozeßzweck, also der Herbeiführung der Urteilsfällung durch Betrieb des Verfahrens und durch *Vorlegung* des Prozeßmaterials, dienen. Darunter gehören auch solche, welche die Geltendmachung eines *zivilrechtlichen Gestaltungsrechts* enthalten. Das ist ganz zweifellos bezüglich derjenigen, die *nur* durch gerichtliche Erklärung geltend gemacht werden können,[43]) streitig, aber nicht minder zu bejahen bei denen, die durch einfache Erklärung (auch außergerichtliche) ausgeübt werden.[44]) Wie aber eine Aufrechnung und dgl., die die Partei selbst *außerhalb* der mündlichen Verhandlung erklärt, keine *Prozeßhandlung* ist[45]) und daher auch in *beliebiger* Form geschehen kann, so wäre auch die Ausübung eines Gestaltungsrechts, die von ihrem Prozeßbevollmächtigten *außerhalb* der mündlichen Verhandlung versucht würde, keine *Prozeßhandlung* und deshalb *als solche*[46]) unwirksam. Gewisse Gestaltungsrechte sind durch Erklärung an eine besondere Behörde auszuüben; diese können nicht in einer *Prozeßhandlung* zur Ausübung gelangen und sind deshalb nicht vom Prozeßbevollmächtigten geltend zu machen.[47])

Ausdrücklich sind unter den Handlungen, die unter die Vollmacht fallen, *Anerkenntnis*, *Klagverzicht* und Vergleich erwähnt. Über letzteren ist sogleich (S. 442) zu sprechen. Die ersten beiden sind nur als die Prozeßhandlungen der §§ 306,7 gemeint, fallen also schon unter die generelle Bestimmung des ersten Satzes des § 81 und können deshalb im Parteiprozesse auch von demjenigen Vertreter vorgenommen werden, der Einzelvollmacht für die mündliche Verhandlung besitzt. Unrichtig ist die Meinung,[48]) daß der Bevollmächtigte sie auch außergerichtlich vornehmen könne.

---

[43]) Sei es durch *Widerklage* [z. B. BGB. § 2342 (Erbunwürdigkeit), § 1342 (Eheanfechtung), § 343 (Herabsetzung einer Vertragsstrafe)], sei es *ohne eine solche*, so nach der Judikatur des RG. beim Gläubigeranfechtungsrecht (RG. 58 Nr. 11 [VII. S.] im Gegensatz zu RG. 52 S. 341, 57 S. 31, vgl. dazu Hellwig, DJZ. 1905 S. 250), ferner bei den Prozeßeinrederechten (o. Bd. 1 § 38), nach der herrschenden Ansicht auch bei den zivilen Einrederechten (o. Bd. 1 § 36).

[44]) So bei den Einrederechten (auch wenn sie auf ein Wandlungs- oder Minderungsrecht [§ 478 BGB.] gestützt werden, vgl. o. Bd. 1 § 36[41 f.]), bei der Aufrechnung, bei der Anfechtung im Falle BGB. §§ 119, 123, 143, beim Rücktritt, bei Kündigung, Wahlerklärung usw. Die anfänglichen Zweifel, ob die Prozeßvollmacht (aktiv und passiv) sich auf unsere Fälle erstrecke, sind so gut wie überwunden, seitdem das RG. in konstanter Praxis (48 S. 218, 50 Nr. 109, 53 S. 148) es bejaht. Planck (3) Erl. 2 zu § 388 BGB. hält allerdings noch jetzt die Meinung aufrecht, daß mit dem BGB. eine totale Änderung gegenüber dem bisherigen Rechte eingetreten sei. Lit. o. Bd. 1 § 35[15—17].

[45]) Das ist nur die Geltendmachung der Rechtsfolge, welche durch das zivile Rechtsgeschäft bereits eingetreten ist. *Dazu* ist im Anwaltsprozesse nur der Anwalt befähigt.

[46]) Ob sie nach *privat*rechtlichen Vertretungsgrundsätzen wirksam wäre, ist eine andere Frage.

[47]) So die Anfechtung einer Erbeseinsetzung (§ 2082), einer Ehe nach dem Tode (§ 1342), einer Erbschaftsausschlagung oder -annahme (§ 1955). — Über das Ganze vgl. o. Bd. 1 § 35.

Der Prozeßbevollmächtigte ist ferner auch zu denjenigen Prozeßhandlungen befugt, durch die das Prozeßverhältnis in außergewöhnlicher Weise beendigt oder einstweilen zum Stillstande gebracht wird (§ 251). Unter den ersten Gesichtspunkt fällt die Zurücknahme der Klage (§ 271) und entsprechend die Zurücknahme des Einspruchs oder eines Rechtsmittels, mögen sie durch einseitigen Akt oder durch Vereinbarung geschehen.[49]) Die Befugnis zu diesen Akten kann nicht ausgeschlossen werden.

Besonders erwähnt ist in dem Gesetze (§ 81) die Befugnis zur Bestellung eines Substituten (des Prozeßbevollmächtigten) und zur Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten (der Partei) für die höhere Instanz.[50])

b) Zu privatrechtlichen Geschäften ermächtigt die Prozeßvollmacht als solche nicht. Dieser Grundsatz ergibt sich aus der Prozeßvollmacht als der Vollmacht zur Prozeßführung. Gelegentlich des Prozesses können zivile Rechtsgeschäfte geschlossen werden, aber die Prozeßführung geht auf Rechtsfeststellung und Rechtsverwirklichung, nicht auf Veränderung des materiellen Rechtszustandes. Der bezeichnete Grundsatz ist im Gesetz indirekt dadurch ausgesprochen, daß die generelle Norm des § 81 nur die Prozeßhandlungen erwähnt.

Keine Ausnahme macht das Gesetz, indem es Klaganerkenntnis und Klagverzicht besonders erwähnt (S. 440), wohl aber dadurch, daß die Vollmacht ohne weiteres die Ermächtigung enthält:

α) zur Empfangnahme der vom Gegner zu erstattenden Kosten (nicht des Streitgegenstandes),[51])

---

[48]) So Gaupp-Stein, Erl. II b, Seuffert, Erl. 4 ad c, d zu § 81 u. a. Man hält Anerkenntnis und Verzicht auf den Klaganspruch als (einseitige) Prozeßhandlungen und die zivilen Rechtsgeschäfte nicht auseinander. Vgl. darüber o. § 125 I 3 b (S. 387). Wäre die bekämpfte Ansicht richtig, so könnte der Vertreter durch den Anerkennungsvertrag des § 781 BGB. einen neuen Schuldgrund schaffen und die Forderung oder sonstige Rechte aufgeben (je nachdem durch Vertrag oder einseitige Erklärung). Die Unrichtigkeit dieser Ansicht erhellt schlagend schon daraus, daß der Prozeßbevollmächtigte den Streitgegenstand nicht in Empfang nehmen kann. Das ist von allen Seiten anerkannt, bedeutet aber doch eben, daß er über die Forderung nicht durch ihre Aufgabe (gegen Empfang) verfügen kann. Und ohne Empfang sollte er es können? Als ein offenbarer Widerspruch erscheint es mir, wenn Seuffert in Erl. 4 vor e zu § 81 die Ermächtigung zu außergerichtlichem Verzicht bejaht (da das Gesetz nicht unterscheide), bei e aber die Befugnis zum Erlaß leugnet. — Das ist natürlich möglich, daß der Vertreter außergerichtlich oder in der Verhandlung anerkennt, daß der Klaganspruch bestehe oder nicht bestehe. Aber das hat stets Bedeutung nur als außergerichtliches Geständnis, und sein Beweiswert hängt ganz von den Umständen ab. Es hat keinen größeren oder geringeren Wert, als etwa ein solches von einem anderen Vertrauensmann der Partei abgelegtes Geständnis. Hierfür ist auch die Ausschließung des § 83 I ohne Bedeutung.

[49]) Vgl. o. § 125 S. 386 f.

[50]) Vgl. hierüber schon o. § 126 IV und in diesem Paragraph die Note 21 über die Fälle, wo es sich nicht um den Instanzenzug handelt, ferner o. § 128 (S. 409) über die Natur der Bevollmächtigung als Prozeßhandlung.

[51]) § 81 a. E. Die Ausnahme hängt mit der Natur der Prozeßkostenpflicht zusammen, vgl. o. S. 48. — Im Falle des § 124 wird nicht im Namen der Partei, sondern kraft eigenen Rechts (Pfandrechts) gehandelt. — Betreibt der Bevollmäch-

β) „zur Beseitigung des Rechtsstreites durch Vergleich.“ Das ist keine Ausnahme insofern, als hiermit dem Vertreter die Vereinbarung der Prozeßbeendigung gestattet wird, wohl aber insofern, als er ermächtigt wird, zu ihrer Erzielung einen materiellen Vergleich im Sinne des § 779 BGB. zu schließen.[52]) Wird die Vereinbarung außergerichtlich geschlossen, so tritt damit die Beendigung des Prozeßverhältnisses natürlich noch nicht ein. Dazu ist nötig entweder Vereinbarung „vor Gericht“ oder Zurücknahme der Klage in der in § 271 vorgeschriebenen Form (also auch durch Zustellung eines Schriftsatzes). Der außergerichtlich geschlossene Vergleich kann nötigenfalls auch in der Verhandlung geltend gemacht werden, um ein ihm entsprechendes Urteil zu erzielen.

Von selbst versteht es sich, daß die Prozeßvollmacht eines solchen gesetzlichen Vertreters, der zum Abschlusse eines Vergleichs nicht ermächtigt ist,[53]) die Befugnis zu ihm nicht geben kann und auch dann nicht gibt, wenn die Prozeßvollmacht über sie schweigt.

Zulässig ist es, daß mit der Prozeßvollmacht eine privatrechtliche Vollmacht verbunden wird (so z. B. zur Einziehung des Streitgegenstandes). Das ist eine zweite Vollmacht, die lediglich nach Privatrecht zu beurteilen ist, so namentlich bezüglich des Erlöschens.[54])

III. Beschränkungen der Vollmacht.

1. Der Umfang der Prozeßvollmacht beruht auf der Parteihandlung; aber wie es häufig auch bei Rechtsgeschäften[55]) und speziell bei der Erteilung der Prokura geschehen ist, bestimmt das Gesetz den Umfang der Vollmacht in **absoluter** Weise. Er ist „dem Gegner gegenüber“, d. h. in Ansehung der Befugnis zur Vertretung (also gegenüber dem Gericht und Gegner) prinzipiell unbeschränkbar (§ 83 I). Die Partei vertraut also dem Prozeßbevollmächtigten fiduziarisch außerordentliche Rechtsbefugnisse[56]) an, wenn sie ihm Prozeßvollmacht erteilt, aber eine Instruktion gibt, die sich mit dem Inhalt von jener nicht deckt. Auch eine in die Vollmachtsurkunde aufgenommene oder direkt angezeigte Beschränkung der Vollmacht berührt kraft des § 83 I die Befugnisse des Vertreters nicht. Überschreitung der Instruktion ist Mißbrauch der fiduziarischen Rechtsbefugnisse. Sie kann

---

tigte die Zwangsvollstreckung, so kann der beigetriebene Gegenstand nur an die Partei abgeliefert werden, soweit es sich nicht um die Kosten handelt.

[52]) Diese Auffassung ist o. § 125 S. 388 näher begründet. Der Vergleich muß sich natürlich auf den Prozeßgegenstand (zur Zeit des Vergleichs) beziehen und kann über den Inhalt dieses Rechtsverhältnisses nicht hinausgehen.

[53]) Vgl. o. § 125 I, 3. Gerade in diesem Punkte liegt die wesentliche Abweichung des § 81 von dem § 54, der nur von den Prozeßhandlungen spricht und deshalb den Vergleich als materielles Rechtsgeschäft nicht umfaßt.

[54]) BGB. §§ 168—173, vgl. u. § 132. [55]) Vgl. o. § 89 S. 145 f.

[56]) Der Vertreter hat nicht etwa bloße Vertretungsmacht in dem o. § 128 S. 408 (bes. Note 8) dargelegten Sinne.

privatrechtlich zu Schadensersatz verpflichten und auf den Umfang der von der Partei geschuldeten Anwaltsgebühren Einfluß haben.[57]) Prozessual ist sie schlechthin bedeutungslos auch dann, wenn Gericht oder Gegner die Abweichung von der Instruktion kennen. Sie haben kein Mittel, um den Vertreter an dem Mißbrauch seiner Befugnisse zu hindern.[58]) Überhaupt bringt die Natur des Prozesses eine größere Formalisierung und Bestimmtheit mit sich.

2. Eine **Ausnahme** von der Unbeschränkbarkeit macht das Gesetz nur, indem es die Ausschließung der Befugnis zu Prozeßvergleich, Klagverzicht und Anerkenntnis (§§ 306/7) gestattet.[59])

Hat der Bevollmächtigte entgegen der Vollmachtsurkunde einen Vergleich geschlossen,[60]) so ist die Prozeßbeendigung trotzdem eingetreten, da er die Klage ja auch durch einseitige Erklärung zurücknehmen könnte und diese Befugnis nicht ausgeschlossen werden kann. Dagegen bindet dieser Vergleich materiellrechtlich nicht, und wenn nicht Genehmigung eintritt, so kann ohne Rücksicht auf ihn der Prozeß erneuert werden. Auch negative Feststellungsklage ist möglich. Der Gefahr, daß auf Grund des unwirksamen Vergleichs die Zwangsvollstreckung betrieben werde, ist durch Widerspruchsklage zu begegnen.[61])

Schwieriger ist die Beurteilung der Frage, welche Folgen eintreten, wenn der Prozeßbevollmächtigte trotz wirksamer Beschränkung ein Klaganerkenntnis oder einen Klagverzicht erklärt.[62]) Bei ihrer Beantwortung ist davon auszugehen, daß auf Grund dieser Erklärungen das Gericht das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses nicht mehr zu prüfen und auf besonderen Antrag ein Urteil zu fällen

---

[57]) Sie werden nur geschuldet, soweit der Auftrag reicht oder nützliche oder genehmigte Geschäftsführung vorliegt. Im Zweifel ist, wie Planck I 230 richtig bemerkt, anzunehmen, daß der Auftrag soweit reicht, als die Prozeßvollmacht, so z. B., wenn der Auftrag nur von der Einklagung der Zinsenforderung sprach und der Vertreter von der Befugnis, die Klage auf die Hauptforderung zu erweitern (§ 280), Gebrauch macht. Will die Partei dies nicht, so mag sie es zum Ausdruck bringen.

[58]) Zivilrechtlich liegt die Sache etwas anders. Die Grundsätze, von denen z. B. RG. 28 S. 228 und 52 Nr. 26 in Beziehung auf Kenntnis des Mißbrauchs ausgeht, sind für das Prozeßrecht nicht anwendbar, soweit es sich um Prozeßhandlungen handelt. Zweifel können m. E. nur bezüglich des materiellrechtlichen Inhalts des Vergleichs (vgl. o. S. 442) entstehen. Hier wird man, da es sich ja in dieser Beziehung um ein Rechtsgeschäft handelt, die zivilrechtlichen Grundsätze anwenden müssen. Kollusion ist gegen die guten Sitten (§ 138 BGB). Vgl. auch BGB. § 226.

[59]) Über die Form, in der dies geschehen muß, vgl. o. § 128 S. 421/2. Nicht ausschließbar ist die Befugnis zum Geständnis von Tatsachen (§ 288). Hier kann sich die Partei nur dadurch helfen, daß sie miterscheint (§ 85), vgl. u. S. 449f. — De lege ferenda hat die Ausschließung von Anerkenntnissen keinen Wert. Sie hat, soviel ich sehe, praktisch auch kaum eine Bedeutung. Theoretisch ist sie verwerflich, weil sie den Vertreter nötigt, wider besseres Wissen zu bestreiten.

[60]) Steht der Mangel fest, so hat das Gericht seine Mitwirkung (durch Protokollierung) zu versagen, es sei denn, daß in dem Vergleich die Genehmigung zur Bedingung gemacht wird. Es darf die Partei nicht in die Gefahr bringen, daß gegen sie die Zwangsvollstreckung (§ 794 Nr. 1) betrieben wird; vgl. den folgenden Text.

[61]) § 795 mit § 767 I. Die Beschränkung des § 767 II kommt nicht in Betracht, da der Vergleich weder ein Urteil ist noch die Kraft eines solchen hat.

[62]) Auch hier ist Genehmigung möglich, und wenn der Vertreter trotz Beschränkung der Vollmacht im nachträglich erklärten Einverständnis mit seiner Partei anerkennt, so gilt § 89 II ZPO.

hat, dessen Grundlage besonderer Art ist und das auch besondere Rechtswirkungen hat.[63]) Im weiteren ist zu unterscheiden,

a) ob der Mangel der Befugnis zu dieser Art von Vertretung vor der Urteilsfällung aufgedeckt ist, weiterhin aber,

α) ob der Vertreter sich in dem Termine darauf beschränkt, lediglich jene Erklärung abzugeben. Dann ist diese unwirksam, und das Gericht darf kein Anerkenntnisurteil auf Grund derselben erlassen. Da er im übrigen nicht verhandelt hat und die allein abgegebene Erklärung keine rechtliche Bedeutung besitzt, so kann der Gegner nur Versäumnisurteil verlangen.[64])

β) Hat der Bevollmächtigte verhandelt und gibt er nun jene Erklärung ab, so ist das eine sicher, daß die bindende Wirkung, die sonst dem Anerkenntnis zukommt, nicht eingetreten ist. Anerkenntnisurteil ist auch hier nicht zulässig. Im Gegensatz zu dem Falle unter α ist kein Versäumnisurteil, sondern nur gewöhnliches Urteil möglich (§ 334). Hatte der Vertreter noch nicht vollständig verhandelt, so treten die Folgen des § 138 II ein. Solange das Urteil nicht erlassen ist, kann die Partei oder ihr Vertreter (auch derselbe!) ohne Rücksicht auf jene Erklärung weiter verhandeln. Dies kann auch geschehen, nachdem Berufung eingelegt ist.[65])

b) Ist unter Übersehung des Mangels der Vertretungsbefugnis Anerkenntnisurteil erlassen, so kann durch Berufung bzw. Revision seine Aufhebung herbeigeführt werden, da es auf einer Vertreterhandlung beruht, zu der die Befugnis fehlte (§ 551 Nr. 5). Dann gelangt man aber auch notwendig zu dem Resultat, daß die Nichtigkeitsklage zulässig sein muß, wenn das Urteil rechtskräftig geworden ist (§ 579 Nr. 4), so also z. B., wenn ein landgerichtliches Berufungsurteil auf solcher fehlerhaften Grundlage beruht.[66])

IV. Erledigung der Vollmacht.

Nach völliger Ausführung des in der Vollmacht bezeichneten Geschäfts bleibt nichts mehr übrig, was auf Grund dieser Vollmacht von dem Vertreter oder gegen ihn geschehen könnte. Damit ist sie gegenstandslos geworden und hat keine rechtliche Bedeutung mehr. Insofern kann man sagen, daß sie erloschen sei. Aber dieses Erlöschen ist ganz anderer Art, als die Beendigung der Vollmacht, die eintritt, obwohl das Geschäft noch nicht erledigt ist.[67])

Wann die Vollmacht gegenstandslos geworden ist, ergibt sich aus den bisherigen Erörterungen. Es läßt sich nicht in kurzer Formel sagen. So ist die Formulierung, sie erlösche mit Rechtskraft des Urteils, keineswegs zutreffend.[68]) Abzulehnen ist die Meinung, daß die Vollmacht zur Er-

---

[63]) §§ 306,7, 708 Nr. 1.

[64]) § 333. Mißt man der nicht legitimierten Erklärung die Bedeutung bei, daß durch sie verhandelt ist, so ist nach § 334 nur gewöhnliches Urteil möglich. Die Frage ist zweifelhaft.

[65]) Beispiel: Klage auf 3000 M. Hauptgeld und Zinsen. Der Anwalt des Beklagten erkennt vollmachtswidrig die Hauptforderung an und bestreitet nur die Zinsenforderung. Über letztere wird Beweis erhoben. Nun kann er immer noch die Bestreitung nachholen. Ist aber bereits Anerkenntnisurteil nach § 307 ergangen, so muß zwecks Nachholung der Bestreitung Berufung eingelegt werden.

[66]) In anderer als der angegebenen Weise läßt sich in Situationen der bezeichneten Art überhaupt nicht helfen.

[67]) Vgl. darüber unten §§ 132,3. [68]) Vgl. z. B. o. Note 25.

neuerung des Prozesses auch dann nicht ermächtige, wenn wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung die Klage rechtskräftig erledigt sei.[69]) Das würde nichts anderes bedeuten, als daß die Vollmacht durch den falsch unternommenen Versuch, das aufgetragene Geschäft zu erledigen, ihr Ende finde. Vielmehr kommt es ganz auf den Inhalt der Vollmacht an. Lautet diese auf Klage bei einem bestimmten Gericht, so kann sie der Vertreter allerdings bei einem anderen nicht wiederholen, wenn er von dem ersten wegen Unzuständigkeit abgewiesen ist. Ist ihm aber vollmachtsmäßig die Wahl überlassen, so ist kein Grund zu finden, der die Anstellung bei dem zuständigen Gerichte (als einen zweiten Versuch, der Vollmacht gemäß zu handeln) ausschlösse. Dasselbe gilt, wenn etwa die Prozeßabweisung oder die Zurücknahme der Klage deswegen erfolgt ist, weil er sie einem nicht legitimierten Vertreter des Beklagten hat zustellen lassen. Eine andere, für uns nicht relevante Frage ist die, ob der Vertreter auftragsgemäß handelt, wenn er die Klage wiederholt.

Anders verhält es sich, wenn der Rechtsstreit durch ein solches Urteil zur Hauptsache erledigt ist, durch das der Prozeß- und Vollmachtszweck erreicht ist, anders auch, wenn die Klage wegen Mangels einer prozessualen Klagvoraussetzung als unzulässig abgewiesen ist.

C. Bestellung mehrerer Vertreter für dieselbe Angelegenheit ist zulässig und als Prozeßvollmacht an mehrere, die Praxis gemeinschaftlich ausübende Anwälte sehr häufig. Sie können gemeinschaftlich handeln; es kann aber auch jeder für sich allein handeln.[70]) Eine abweichende Bestimmung hat für die Vertretungsbefugnis keine Bedeutung (§ 84).

Hieraus folgt, daß bei widersprechendem sukzessiven Verhalten die oben S. 385 (bei Note 17a) entwickelten Grundsätze maßgebend sind, nicht aber die Grundsätze, die gelten, wenn mehrere Vertreter nur die Befugnis zur Gesamtvertretung haben, wie dies bei gesetzlichen Vertretern und auch solchen Bevollmächtigten möglich ist, deren Vollmacht die prozessuale Vertretung nur akzessorisch mit umfaßt.[71])

§ 131.

f) Wirkung der Handlungen des Bevollmächtigten.

I. Die Vertreterhandlung.

1. Wie der gesetzliche Vertreter, so ist auch der gewillkürte das Subjekt

[69]) So Wach I 575 bei Note 21 (das von ihm in Note 21 Gesagte ist richtig, hängt aber mit jenem Grundsatz nicht zusammen), Gaupp-Stein, Erl. II a, Seuffert, Erl. 2 zu § 81.

[70]) Natürlich setzt der Gebrauch der Vollmacht voraus, daß der Anwalt, der handeln will, bei dem Gerichte zugelassen ist, bei dem der Prozeß zurzeit schwebt.

[71]) Vgl. o. § 125 (gesetzliche Vertreter) und § 127 (Mehrheit der Prokuristen oder der Geschäftsführer einer Gesellschaft).

der *Prozeßhandlung*. Er nimmt sie vor (§§ 81, 85), aber ihre *Wirkungen* treten trotzdem nicht in seiner Person, sondern in der des Vertretenen ein, *wenn* er innerhalb seiner Vollmacht gehandelt hat. Das Gesetz (§ 85^{I}) drückt dies so aus: „Die von dem Bevollmächtigten vorgenommenen Prozeßhandlungen sind für die Partei in gleicher Art verpflichtend, als wenn sie von der Partei selbst vorgenommen wären.“ Das heißt weder, daß seine Handlungen ihre Handlungen *sind*,[1]) noch auch nur, daß man sie sich als solche *vorzustellen* habe,[2]) daß also die *Partei* als *durch* ihn handelnd gelte. Vielmehr sagt gerade der § 85^{I} das Gegenteil: er macht nicht die beiden verschiedenen *Tatbestände* (Handlung des Vertreters — Handlung der Partei) gleich, sondern bestätigt ihre Verschiedenheit, indem er an den ersten dieselben Rechtswirkungen anknüpft, wie sie bei dem zweiten eintreten *würden*. Der § 85^{I} und die Fiktion des § 90^{II} („das vom Beistand Vorgetragene gilt als von der Partei vorgebracht“) sagen nichts anderes, als was BGB. § 164^{I} unter Vermeidung dieser irreführenden Ausdrucksweise sagt: Die legitimierte Handlung „*wirkt* unmittelbar für und gegen den Vertretenen“.

Was der Vertreter tut, ist *allein* seine Handlung.[3]) Darin liegt gerade der Unterschied vom Boten, der dazu mitwirkt, um die Erklärung des *Machtgebers* an ihre Adresse zu *übermitteln*, und dessen Mitwirkung sich hierin erschöpfen muß, wenn anders er Bote sein soll.[4]) Was der Vollmachtgeber tut, ist lediglich

a) die Erteilung der *Ermächtigung* zu der Prozeßführung und somit die Veranlassung der Tätigkeit des Bevollmächtigten. Der Ermächtigung gleichwertig ist die nachfolgende Zustimmung zu dem, was der Vertreter aus eigenem Antrieb getan hat. Die Genehmigung bewirkt nicht das Undenkbare, daß der Vertretene rückwärts an der vorgenommenen *Handlung* des Vertreters beteiligt wird, sondern sie hat nur die Folge, daß ihre Wirkung nachträglich den Genehmigenden in derselben Weise trifft, als wäre *mit* Vollmacht gehandelt worden. Die rechtliche Wirkung kann zurückbezogen werden; bezüglich der Handlung ist eine Rückziehung nicht möglich.[4a])

b) Schon bei der Vollmachtserteilung oder nachträglich kann der Voll-

---

[1]) So fassen Savigny und viele nach ihm das Wesen der Stellvertretung auf, von Prozessualisten besonders Planck I § 48 u. bes. § 49^{13}. Neuestens wieder ebenso Schultzenstein, ZZP. 35 508 (o. § 125^{63}).

[2]) So Windscheid I § 73^{16}, wo auch die Literatur zitiert ist. Vgl. ferner die eingehende Besprechung der in ihr geäußerten Meinungen bei Hupka, Vollmacht 29 f.

[3]) Hier ebenso, wie wenn der Minderjährige oder der Nichtberechtigte mit Zustimmung des Vormunds oder des Berechtigten ein Rechtsgeschäft abschließt.

[4]) Vgl. o. § 121. Man kann in der *einen* Beziehung Bote, in einer *anderen* Vertreter sein. Vgl. o. S. 356^{11}, 413 f.

[4a]) Planck I § 49^{13} freilich meint, durch die Genehmigung würden die Handlungen zu Handlungen der Partei.

machtgeber in mehr oder minder großem Umfange auf das, was der Vertreter im einzelnen tun soll, Einfluß üben.

Aber weder die Erteilung von solchen Weisungen noch die Bevollmächtigung berechtigen dazu, die Rechtshandlung des Bevollmächtigten (sein Rechtsgeschäft oder seine Prozeßhandlung) zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen zu verteilen und das, was der Vollmachtgeber tut, als ein koordiniertes Stück des Tatbestandes des Hauptgeschäfts zu betrachten, so daß dieses sich aus zwei Bestandteilen zusammensetzen würde.[5])

Die Bevollmächtigungserklärung hat als Generalvollmacht überhaupt keine Beziehung auf bestimmte Rechtsgeschäfte, und als Prozeßvollmacht ermächtigt sie ebenfalls zu allen den Prozeß betreffenden Prozeßhandlungen in einer so generellen Weise, daß der Vollmachtgeber keine Vorstellung von dem zu haben braucht, was der Bevollmächtigte im einzelnen tut.[6]) Die speziellen Weisungen sind also begriffsmäßig nicht notwendig. Sind sie im einzelnen Falle gegeben, so ist ihre juristische Bedeutung eine andere als die der Bevollmächtigung. Die letztere ist in ihrer reinen Form direkte Erklärung an das Gericht und den Gegner,[7]) die Weisung aber ist eine Erklärung, die ihre Adresse in dem Vertreter hat und als solche wirkt, soweit sie überhaupt eine rechtliche Bedeutung hat. Diese hat sie nicht deshalb, weil dann die Rechtshandlung des Vertreters zugleich eine solche des Vollmachtgebers wäre, sondern deshalb, weil er veranlaßt hat, daß der (auch dann allein handelnde) Vertreter sie gerade so vorgenommen hat, wie es geschehen ist. Wird durch sie eine strafbare Handlung begangen, so ist der Vertreter der Täter, und der Vollmachtgeber ist der Anstifter.[8]) Mittäter ist er, wenn er bei dem Rechtsgeschäfte oder bei der Prozeßführung (durch Schriftsatz oder Teilnahme an der mündlichen Verhandlung) mithandelnd aufgetreten ist oder wenn er auf Grund dessen, was der Vertreter getan hat, nun selbst weiter handelt.[9])

2. Aus dem Prinzipe (1) folgt, daß die Person des Prozeßbevollmächtigten sowohl hinsichtlich seiner Prozeßfähigkeit[10]) als auch in-

---

[5]) So Mitteis, Stellvertretung 109f., dem Lenel, Jherings Jahrb. 36 15 f. und Dernburg, BR. I § 168 IV folgen und zu dessen Auffassung auch Wach I 564 f. hinneigt. Vgl. dagegen die zutreffende Darlegung von Hupka, Vollmacht 36 f. Was das BGB. anlangt, so tritt die Verschiedenheit des Kaufs, den der Vertreter vornimmt, und der Vollmacht zu ihm schon greifbar in der Formvorschrift des § 167 II (vgl. auch § 182 II) hervor. Aliud est vendere, aliud vendenti consentire (l. 160 pr. D. 50, 17).

[6]) Vgl. o. § 130 S. 434 f. [7]) Vgl. o. § 128 S. 415 f.

[8]) Ob man, wenn dem Vertreter das nötige Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlt, den Vollmachtgeber als den Täter (intellektuellen Urheber) zu betrachten hat oder ob anzunehmen ist, daß die Anstiftung auch dann verantwortlich macht, wenn bei dem Täter ein Element des subjektiven Tatbestandes fehlt, ist eine hier nicht näher zu erörternde Frage. — Anstifter kann auch die prozeßunfähige Partei sein.

[9]) Vgl. unter Nr. 4 (S. 449).

[10]) In dieser Beziehung ist das Prozeßrecht konsequenter als das Privatrecht (§ 165 BGB.).

der Prozeßhandlung. Er nimmt sie vor (§§ 81, 85), aber ihre Wirkungen treten trotzdem nicht in seiner Person, sondern in der des Vertretenen ein, wenn er innerhalb seiner Vollmacht gehandelt hat. Das Gesetz (§ 85 I) drückt dies so aus: „Die von dem Bevollmächtigten vorgenommenen Prozeßhandlungen sind für die Partei in gleicher Art verpflichtend, als wenn sie von der Partei selbst vorgenommen wären." Das heißt weder, daß seine Handlungen ihre Handlungen sind,[1]) noch auch nur, daß man sie sich als solche vorzustellen habe,[2]) daß also die Partei als durch ihn handelnd gelte. Vielmehr sagt gerade der § 85 I das Gegenteil: er macht nicht die beiden verschiedenen Tatbestände (Handlung des Vertreters — Handlung der Partei) gleich, sondern bestätigt ihre Verschiedenheit, indem er an den ersten dieselben Rechtswirkungen anknüpft, wie sie bei dem zweiten eintreten würden. Der § 85 I und die Fiktion des § 90 II („das vom Beistand Vorgetragene gilt als von der Partei vorgebracht") sagen nichts anderes, als was BGB. § 164 I unter Vermeidung dieser irreführenden Ausdrucksweise sagt: Die legitimierte Handlung „wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen".

Was der Vertreter tut, ist allein seine Handlung.[3]) Darin liegt gerade der Unterschied vom Boten, der dazu mitwirkt, um die Erklärung des Machtgebers an ihre Adresse zu übermitteln, und dessen Mitwirkung sich hierin erschöpfen muß, wenn anders er Bote sein soll.[4]) Was der Vollmachtgeber tut, ist lediglich

a) die Erteilung der Ermächtigung zu der Prozeßführung und somit die Veranlassung der Tätigkeit des Bevollmächtigten. Der Ermächtigung gleichwertig ist die nachfolgende Zustimmung zu dem, was der Vertreter aus eigenem Antrieb getan hat. Die Genehmigung bewirkt nicht das Undenkbare, daß der Vertretene rückwärts an der vorgenommenen Handlung des Vertreters beteiligt wird, sondern sie hat nur die Folge, daß ihre Wirkung nachträglich den Genehmigenden in derselben Weise trifft, als wäre mit Vollmacht gehandelt worden. Die rechtliche Wirkung kann zurückbezogen werden; bezüglich der Handlung ist eine Rückziehung nicht möglich.[4a])

b) Schon bei der Vollmachtserteilung oder nachträglich kann der Voll-

---

[1]) So fassen Savigny und viele nach ihm das Wesen der Stellvertretung auf, von Prozessualisten besonders Planck I § 48 u. bes. § 49 [13]. Neuestens wieder ebenso Schultzenstein, ZZP. 35 508 (o. § 125 [63]).

[2]) So Windscheid I § 73 [16], wo auch die Literatur zitiert ist. Vgl. ferner die eingehende Besprechung der in ihr geäußerten Meinungen bei Hupka, Vollmacht 29 f.

[3]) Hier ebenso, wie wenn der Minderjährige oder der Nichtberechtigte mit Zustimmung des Vormunds oder des Berechtigten ein Rechtsgeschäft abschließt.

[4]) Vgl. o. § 121. Man kann in der einen Beziehung Bote, in einer anderen Vertreter sein. Vgl. o. S. 356 [11], 413 f.

[4a]) Planck I § 49 [13] freilich meint, durch die Genehmigung würden die Handlungen zu Handlungen der Partei.

machtgeber in mehr oder minder großem Umfange auf das, was der Vertreter im einzelnen tun soll, Einfluß üben.

Aber weder die Erteilung von solchen Weisungen noch die Bevollmächtigung berechtigen dazu, die Rechtshandlung des Bevollmächtigten (sein Rechtsgeschäft oder seine Prozeßhandlung) zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen zu verteilen und das, was der Vollmachtgeber tut, als ein koordiniertes Stück des Tatbestandes des Hauptgeschäfts zu betrachten, so daß dieses sich aus zwei Bestandteilen zusammensetzen würde.[5])

Die Bevollmächtigungserklärung hat als Generalvollmacht überhaupt keine Beziehung auf bestimmte Rechtsgeschäfte, und als Prozeßvollmacht ermächtigt sie ebenfalls zu allen den Prozeß betreffenden Prozeßhandlungen in einer so generellen Weise, daß der Vollmachtgeber keine Vorstellung von dem zu haben braucht, was der Bevollmächtigte im einzelnen tut.[6]) Die speziellen Weisungen sind also begriffsmäßig nicht notwendig. Sind sie im einzelnen Falle gegeben, so ist ihre juristische Bedeutung eine andere als die der Bevollmächtigung. Die letztere ist in ihrer reinen Form direkte Erklärung an das Gericht und den Gegner,[7]) die Weisung aber ist eine Erklärung, die ihre Adresse in dem Vertreter hat und als solche wirkt, soweit sie überhaupt eine rechtliche Bedeutung hat. Diese hat sie nicht deshalb, weil dann die Rechtshandlung des Vertreters zugleich eine solche des Vollmachtgebers wäre, sondern deshalb, weil er veranlaßt hat, daß der (auch dann allein handelnde) Vertreter sie gerade so vorgenommen hat, wie es geschehen ist. Wird durch sie eine strafbare Handlung begangen, so ist der Vertreter der Täter, und der Vollmachtgeber ist der Anstifter.[8]) Mittäter ist er, wenn er bei dem Rechtsgeschäfte oder bei der Prozeßführung (durch Schriftsatz oder Teilnahme an der mündlichen Verhandlung) mithandelnd aufgetreten ist oder wenn er auf Grund dessen, was der Vertreter getan hat, nun selbst weiter handelt.[9])

2. Aus dem Prinzipe (1) folgt, daß die Person des Prozeßbevollmächtigten sowohl hinsichtlich seiner Prozeßfähigkeit[10]) als auch in-

[5]) So Mitteis, Stellvertretung 109f., dem Lenel, Iherings Jahrb. 36 15 f. und Dernburg, BR. I § 168 IV folgen und zu dessen Auffassung auch Wach I 564f. hinneigt. Vgl. dagegen die zutreffende Darlegung von Hupka, Vollmacht 36f. Was das BGB. anlangt, so tritt die Verschiedenheit des Kaufs, den der Vertreter vornimmt, und der Vollmacht zu ihm schon greifbar in der Formvorschrift des § 167 II (vgl. auch § 182 II) hervor. Aliud est vendere, aliud vendenti consentire (l. 160 pr. D. 50, 17).

[6]) Vgl. o. § 130 S. 434f. [7]) Vgl. o. § 128 S. 415f.

[8]) Ob man, wenn dem Vertreter das nötige Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlt, den Vollmachtgeber als den Täter (intellektuellen Urheber) zu betrachten hat oder ob anzunehmen ist, daß die Anstiftung auch dann verantwortlich macht, wenn bei dem Täter ein Element des subjektiven Tatbestandes fehlt, ist eine hier nicht näher zu erörternde Frage. — Anstifter kann auch die prozeßunfähige Partei sein.

[9]) Vgl. unter Nr. 4 (S. 449).

[10]) In dieser Beziehung ist das Prozeßrecht konsequenter als das Privatrecht (§ 165 BGB.).

soweit maßgebend ist, als die rechtlichen Folgen einer Handlung oder Unterlassung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden.[11]) Also schadet es der Partei, wenn der Bevollmächtigte wissentlich eine unwahre Tatsache gestanden hat, und es ist regelmäßig für die Partei von Nutzen (§ 290), wenn er im Irrtum war, sie selbst aber die Unrichtigkeit der (ohne ihre Veranlassung gestandenen) Tatsache kannte. Ein Verschulden des Vertreters in der Art der Vornahme, in der Unterlassung oder Verzögerung einer Prozeßhandlung[12]) ist nicht Verschulden der Partei, aber es wirkt ebenso auf das Prozeßverhältnis, wie wenn sie selbst schuldhaft gehandelt hätte.[13]) Dieser Grundsatz ist zwar in der ZPO. nicht allgemein ausgesprochen. Er ist aber angewendet in § 232 II, insofern als dort eine vom Vertreter verschuldete Versäumung stets der Partei zugerechnet wird. Er folgt auch schon daraus, daß auch in den Vorschriften über das landgerichtliche Verfahren von der Partei und ihrem Verhalten selbst dann die Rede ist, wenn nach dem Gesetz an ihrer Stelle bzw. an Stelle ihres gesetzlichen Vertreters ein Anwalt als handelnd gedacht werden muß.

3. BGB. § 166 II macht für Rechtsgeschäfte eine Ausnahme dann, wenn der Bevollmächtigte nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt hat, und mit der Folge, daß diesem die Unkenntnis des Vertreters nichts nützt, wenn er selbst den relevanten Umstand kannte bzw. kennen mußte. Dieser Grundsatz ist nicht direkt für die prozessuale Vollmacht anwendbar;[14]) aber in ihm kommt ein dem Wesen jeder Vertretung entsprechender, auch schon im römischen Rechte anerkannter gesunder Rechtsgedanke zum Ausdruck. Er ist zur Ausfüllung der in der ZPO. bestehenden Lücke zu verwerten und hier dahin auszugestalten, daß die Partei auch dafür verantwortlich ist, daß sie durch ihre Unterlassung oder Verzögerung eine Unterlassung oder Verzögerung ihres Vertreters verursachte.[15]) Im Partei-

---

[11]) So formuliert BGB. § 166 I den Grundsatz für alle Fälle der Vertretung. Gesetzliche und gewillkürte Vertretung sind nicht in dem Wesen der Vertreterhandlung verschieden, sondern nur bezüglich des Grundes der Vertretungsmacht.

[12]) Vgl. §§ 43, 44 IV, 68, 233, 274 III, 278/9, 283 II, 295 I, 325 III, 354 II, 374, 406, 433, 457, 470, 528 I, 529 II, 540, 582 (soweit es sich nicht gerade um strafbare Handlungen des Vertreters [§ 580 Nr. 4] handelt), 616. Kann der Bevollmächtigte hinsichtlich eines Vermögensstückes des Auftraggebers durch die Art der Prozeßführung eine Untreue im strafrechtlichen Sinne des § 266 Nr. 2 StGB. begehen und ist deshalb die Restitutionsklage möglich, so kann die Partei auch im Prozesse die Rechtshandlung anfechten und braucht weder erst das Urteil rechtskräftig werden zu lassen, noch darf sie das überhaupt. Bezüglich des Anwalts vgl. auch StGB. § 356 II.

[13]) So auch hinsichtlich der Prozeßstrafen, sowohl derjenigen, die durch Aufbürdung der Prozeßkosten ausgesprochen werden (§§ 95, 278), als auch der besonderen Prozeßstrafe des § 48 GKG. Die Anwendung des § 102 ZPO. entlastet die Partei nicht von der Strafe, sondern erspart ihr nur den Regreß, vgl. näher o. S. 393[50]. Anders Wach I 564[22].

[14]) Wie man vielfach meint, vgl. z. B. Skonietzki-Gelpcke, Erl. 2 zu § 85.

[15]) So schon für das bisherige Recht Wach I 565. Auch das RG. hat schon

prozesse versteht sich dies von selbst, da ja die Partei selbst handeln könnte.[16]) Es gilt aber auch im Anwaltsprozesse, obwohl hier nur die Handlung des Vertreters den relevanten Tatbestand schaffen kann.

4. Das Verhältnis der Parteiprozeßhandlungen[17]) und der Handlungen des Bevollmächtigten.

Im Gegensatz zu dem Rechtsgeschäft[17a]) besteht die Prozeßführung aus einer mehr oder weniger großen Zahl von einzelnen Handlungen. Sie folgen aufeinander, verändern auch die jeweilige Rechtslage, haben aber für sich allein keine selbständige Bedeutung, sondern dienen — abgesehen von der Klagzurücknahme und der vereinbarten Beendigung des Prozeßverhältnisses — in Verbindung miteinander alle nur dem einen Zweck: der Herbeiführung der Endentscheidung des Gerichts. An der einheitlichen Prozeßführung können mehrere Vertreter beteiligt sein, sowohl so, daß sie einander nachfolgen, als so, daß sie nebeneinander bestellt sind. Das Verhältnis der Vertreterhandlungen ist in beiden Fällen dasselbe insofern, als auch im letzteren Falle jeder für sich allein und selbständig handeln kann.[18]) Somit kann in beiden Fällen die Rechtslage, die durch die frühere Vertreterhandlung geschaffen ist, durch den anderen Vertreter nur insoweit geändert werden, als dies auch der erste Vertreter selbst tun könnte. So kann also der definitive Verzicht (§ 295) nicht aufgehoben werden; das Geständnis bindet auch gegenüber dem anderen Vertreter, aber in dem Umfange, in dem der Gestehende es widerrufen könnte (§ 290), kann es auch der zweite.

Bei der Frage, wie die Partei der Handlung ihres Bevollmächtigten gegenübersteht, sind zwei Fragen auseinander zu halten: 1. Wie weit kann die Partei überhaupt in den Prozeß eingreifen, obwohl sie gegenwärtig noch einen Bevollmächtigten hat? 2. Wie weit ist die Partei durch die Handlung ihres Bevollmächtigten gebunden? — Bei der ersten Frage besteht ein Unterschied zwischen Partei- und Anwaltsprozeß, und dieser übt in gewisser Beziehung auch einen Einfluß auf die zweite Frage.[19])

a) Im Parteiprozeß kann die Partei

α) selbst beliebig in derselben Weise in die Prozeßführung eingreifen,

---

früher bei bloßem Verschulden der Partei die Annahme eines unabwendbaren Zufalls (§ 233[1]) für ausgeschlossen erklärt (RG. 3 S. 421, 439).

[16]) Da dies im privatrechtlichen Verkehre stets so ist, hatte das BGB. keine Veranlassung dazu, es auszusprechen, daß Unterlassungen des Vertretenen diesem stets anzurechnen sind.

[17]) Was von ihnen gesagt wird, gilt entsprechend von denen des gesetzlichen Vertreters. Im folgenden wird dies nicht immer besonders hervorgehoben.

[17a]) Über die Konkurrenz und Kollision der Handlungen des Vertreters und des Vertretenen bei Rechtsgeschäften handelt Riezler, Arch. f. ziv. Pr. 98 387 f., vgl. dazu noch Hellwig, Verträge 508 f. [18]) § 84, s. o. S. 445.

[19]) Diese Fragen werden vielfach nicht gehörig auseinandergehalten; man findet z. B. bei Petersen, Erl. 5 zu § 85 allgemeine Aufstellungen, die für den Anwaltsprozeß zutreffend sein mögen, für den Parteiprozeß aber sicher nicht zutreffen. Der § 85[2] regelt keineswegs alle diese Fragen, sondern nur einen einzelnen Punkt.

wie ein zweiter Mitbevollmächtigter es tun könnte. Sie kann also schriftlich bzw. in der Verhandlung Anträge stellen und die vom Vertreter gestellten zurückziehen oder ändern und alle sonstigen Prozeßhandlungen selbst vornehmen, soweit sie nach der Prozeßlage möglich sind.

β) Sie kann aber in zwei Beziehungen mehr, als ein Mitbevollmächtigter. Zunächst kann sie dem Bevollmächtigten — in der mündlichen Verhandlung durch Erklärung vor Gericht — die Vollmacht entziehen. Tritt hierin schon das Übergewicht der Partei über ihren Bevollmächtigten hervor, so gilt dies noch mehr von der singulären Vorschrift des § 85². „Geständnisse und andere tatsächliche Erklärungen" sind „für die Partei verpflichtend, insoweit nicht dieselben von der miterschienenen Partei sofort widerrufen oder berichtigt werden." Andere Prozeßhandlungen fallen unter die oben aufgestellte Regel: sie binden die Partei gerade so, als hätte sie selbst sie vorgenommen. Jene „tatsächlichen" Erklärungen des Bevollmächtigten aber haben, wenn die Partei miterschienen ist, ausnahmsweise nur dieselbe Bedeutung, wie ohne Ausnahme die Handlungen, die von einem Beistande vorgenommen sind.[19a]) Sie verbinden die Partei nur unter der Bedingung, daß diese sich mit ihren Erklärungen nicht sofort in Widerspruch zu denen des Vertreters setzt.[20]) Erscheint die Partei mit ihrem Bevollmächtigten, so sinkt dieser also in bezug auf „tatsächliche" Erklärungen in die Rolle des Beistandes herab. Das ist auch ganz natürlich. Denn einmal handelt es sich um die Angelegenheit und die Interessen der Partei, die selbst über sie zu entscheiden hat und dem Bevollmächtigten jeden Augenblick seine Vertretungsbefugnis völlig entziehen kann; sodann aber kommt ebenso entscheidend folgender Gesichtspunkt in Betracht. Der Zweck des Prozesses bleibt immer die Ermittlung der Wahrheit und die Fällung eines Urteils, das der wirklichen Rechtslage entspricht, also das wirklich ist, was es sein soll, nämlich Feststellung (Deklaration). Und darüber, wie die konkreten Verhältnisse wirklich sind, vermag die Partei besser zu urteilen, als ihr Bevollmächtigter. Dieser kann darüber erst aus zweiter Hand Nachricht haben. Der Nächste zur Wahrheit ist die Partei, um deren Angelegenheiten es sich handelt. Der Bevollmächtigte mag — namentlich als ein in der Prozeßtaktik erfahrener Jurist — besser als seine Partei wissen, wie man den Gegner zum Beweise zwingt und unter Benutzung seiner Beweisnot und durch aus der Luft gegriffene Behauptungen versucht, einer schlechten Sache zum Siege zu verhelfen. Aber gerade das will das Gesetz möglichst ausschließen, außerdem allerdings auch verhüten, daß durch falsche Zugeständnisse der abzuurteilende Tatbestand zum Nachteil des Vertretenen

[19a]) § 90. Vgl. u. § 134.

[20]) Die Tragweite des § 85² zeigt sich deutlich, wenn der Bevollmächtigte bewußtermaßen falsche Geständnisse abgelegt hatte. Ohne den § 85² würde die Partei hier nur bei strafbarer Untreue (Note 12) widerrufen können.

verschlechtert werde. Deshalb gilt das Zugeständnis des Bevollmächtigten schon dann als nicht abgegeben,[21]) wenn die Partei selbst die Erklärung ihres Vertreters entweder einfach widerruft oder durch positive Anführungen berichtigt. Bei einem Widerspruch in einer „tatsächlichen“ Erklärung gilt das, was die Partei selbst angeführt hat, und zwar sowohl dann, wenn sie die Angaben ihres Bevollmächtigten richtig stellt, als auch in dem umgekehrten Falle. Der § 85^{2} spricht von diesem nicht, er ist aber nach dem in dieser Vorschrift zum Ausdruck gelangten Prinzip des Übergewichts der Partei nicht anders zu beurteilen. Der Bevollmächtigte kann also die Behauptung der Partei nicht einfach durch seinen Widerspruch entkräften und das Gegenteil behaupten.[22]) Dies wäre unbeachtlich auch dann, wenn die Partei von der ihr nach § 85^{2} zweifellos zustehenden Befugnis zum Widerruf eines *solchen* Widerrufs ihres Vertreters keinen Gebrauch machte. Aber damit ist keineswegs gesagt, daß der Vertreter die Behauptungen der Partei im späteren Verlauf des Prozesses schlechthin nicht ändern könne.[23]) Wie die Partei selbst dies tun könnte, so kann es in demselben Sinne in ihrem Namen auch der Bevollmächtigte tun, also unter Motivierung der Veränderung der Sachdarstellung.

Streitig ist die *Abgrenzung* des Gebiets der Prozeßhandlungen, auf die sich der Sonderrechtssatz des § 85^{2} bezieht. Unter ihn fallen *nicht* 1. die *Anträge*, also Erklärungen über die sachlichen Entscheidungen, die das Gericht erlassen, und die Anordnungen, die es zu ihrer Ermöglichung treffen **soll**,[24]) 2. ebenso nicht *Verfügungen* über prozessuale Befugnisse,

[21]) Nicht etwa braucht seine Kraft durch den schweren, in § 290 geforderten Nachweis gebrochen zu werden.

[22]) Bei einem solchen Widerspruch zwischen Vertreter und Partei kann ersterer gar nicht als Bevollmächtigter erscheinen. Es wäre ein persönlicher Kampf zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen.

[23]) So RG. 10 S. 424/5, zustimmend Planck I 234^{55}. Dagegen die Kommentare zu § 85, Bülow, Geständnisrecht 299 f.; unbestimmt Reincke zu § 85. Jene Entscheidung des RG. erscheint mir auch aus andrem Grunde nicht zutreffend. Der Kernpunkt war nicht, ob der Kläger betrunken war, sondern ob den Aufseher des Beklagten ein Verschulden traf. Dieses konnte auch dann vorliegen, wenn die Behauptung des Beklagten (Trunkenheit) wahr war. Deshalb war sie auf ihre Wahrheit zu prüfen, wie ja auch das Gericht zu einer Verurteilung hätte gelangen müssen, wenn sich *ohne* jenen Widerspruch (zwischen Partei und Vertreter) herausgestellt hätte, daß den Aufseher ein Verschulden zwar nicht in der vom Kläger behaupteten Art, wohl aber infolge der Verwendung eines betrunkenen Arbeiters traf.

[24]) Also auch Beweisanträge. Die Partei kann die Erklärung ihres Bevollmächtigten, wer bei dem streitigen Vorfall zugegen gewesen sei, ob eine Urkunde über das Rechtsgeschäft ausgestellt wurde und wer sie in Händen habe, rektifizieren, aber bezüglich der Änderung der gestellten Anträge gilt die Regel. So bezieht sich der § 85^{2} auch nicht auf die Zuschiebung und Zurückschiebung des Eides, weil sie Anträge an das Gericht über die Anordnung der Eidesleistung enthalten. A. M. Seuffert, Erl. 2 Abs. 1 a. E. zu § 85 (gegen Wach I 610^{9} und die Kommentare), nach dessen Ansicht es zulässig wäre, daß die Partei die im Umfange des § 457 bindende Annahme oder Zurückschiebung beliebig änderte. Einen Einfluß auf die Anordnung der Eidesleistung kann die Partei indirekt dadurch üben, daß sie sich über die zu beschwörenden *Tatsachen* erklärt. *Dabei* kann sie den Bevollmäch-

wie z. B. der Verzicht auf das Rügerecht (§ 295), die Einwilligung zu der Klagänderung oder der Protest gegen sie (§ 264), die Klagzurücknahme oder die Einwilligung zu der des Gegners (§ 271), der Verzicht auf die Beeidigung des Zeugen (§ 391 II).

Den Gegensatz zu Anträgen und Verfügungen bilden die „Geständnisse und andere tatsächliche Erklärungen".[25]) Darunter fällt nicht nur die Anführung der nackten Tatsache, sondern alles das, was § 141 unter „Aufklärung des Sachverhältnisses" durch die Partei selbst versteht. Wenn das Gesetz dem Gericht gestattet, zur Erreichung des Prozeßzwecks das persönliche Erscheinen der vertretenen Partei anzuordnen, so gibt es damit deutlich zu erkennen, daß es sich von ihren Erklärungen mehr verspricht, als der Vertreter leistete. Das harmoniert mit der Widerrufsbefugnis des § 85 ². Die Partei soll „Aufklärung des Sachverhältnisses" geben (§ 141), und wenn sie dies in Widerspruch mit den Angaben des Bevollmächtigten „sofort" tut, so hebt ihre Erklärung die seinige auf (§ 85 ²). Unter tatsächlichen Erklärungen haben wir jede zu verstehen, die sagt, wie sich die „Sache", d. h. die abzuurteilende Angelegenheit, „verhält", also jede Erklärung über das, was ist oder nicht ist, mag sie sich auf die einzelnen Elemente des Tatbestandes beschränken oder den Tatsachenkomplex in seiner konkreten rechtlichen Wirkung, also ein Rechtsverhältnis, umfassen. So bezieht sich der § 85 ² (ebenso wie § 141) nicht nur auf die Frage, ob die Zahlung einer Summe erfolgt ist, sondern auch auf die Frage, ob sie als Darlehen oder zwecks Schuldtilgung erfolgt ist, anders ausgedrückt: ob eine Darlehensschuld entstanden ist, ob eine Schuld noch besteht. Mit anderen Worten: Die Partei kann ihren Bevollmächtigten mit der Folge des § 85 ² rektifizieren auch dann, wenn dieser das Bestehen oder Nichtbestehen eines konkreten, rechtlich geordneten Verhältnisses[26]) behauptet oder bestritten oder anerkannt hat. Sonach fällt unter § 85 ² auch das Anerkenntnis, daß der Klaganspruch (die aufgestellte Rechtsbehauptung im ganzen) begründet oder nicht begründet sei.[27])

---

tigten rektifizieren, so z. B., indem sie seine Bestreitung durch Zugeständnis aufhebt und damit die fragliche Tatsache zu einer nicht mehr beweisbedürftigen macht (§ 288). Vgl. auch § 446.

[25]) Das Geständnis wird vielfach als eine Verfügung (rechtsgeschäftliche Disposition, Verzicht auf das Recht auf Beweis, auf das Recht zum Bestreiten) aufgefaßt. Schon unser § 85 ² zeigt die Unrichtigkeit dieser Auffassung. Das Geständnis ist tatsächliche Erklärung. Es hat — wie auch die bloße Behauptung — Wirkung auf die Entwicklung des Prozeßverhältnisses. Aber es ist nicht Verzicht.

[26]) Also eines Rechtsverhältnisses. Nur darf man, wenn man diesen Ausdruck gebraucht, nicht etwa an die reine rechtliche Beurteilung oder die juristisch-technische Benennung denken. In dieser Beziehung ist das Gericht suverän. Rechtsdeduktionen kann es anhören (auch wenn sie von der Partei selbst ausgehen), aber das Gericht hat die Ermittlung des rechtlichen Obersatzes seiner Subsumtionstätigkeit und diese selbst von Amts wegen richtig zu besorgen.

[27]) Die herrschende Meinung (so alle Kommentare mit Ausnahme von Seuffert zu § 85) verneint dies, indem sie in den Erklärungen der §§ 306/7 mit Unrecht Ver-

Das Gesetz verlangt, daß die Berichtigung der Erklärung des Bevollmächtigten von der miterschienenen Partei „sofort“ geschieht. Das heißt nicht, daß sie dem Vertreter in das Wort fallen müsse, sondern nur, daß sie die Berichtigung vornimmt, sobald sie zum Worte gelangen kann. Sie darf also die Verhandlung nicht weitergehen lassen (auf Grund der zu berichtigenden Erklärung). Durch Unterlassung geht sie der besonderen Befugnis des § 85 ² verlustig; sie kann dann nur nach dem Regelrechte (z. B. § 290) Änderungen vornehmen.

Zwei Fragen sind in dem Gesetze nicht entschieden.

aa) Wie ist es, wenn die nicht miterschienene Partei erfährt, daß im letzten Termine der Vertreter eine falsche „tatsächliche“ Behauptung gemacht hat? Kann sie dann bei der nächsten Gelegenheit (also im nächsten Termin) erscheinen und widerrufen? Dies ist zu bejahen, wenn im vorigen Termine die Verhandlung sogleich vertagt wurde, so daß die Partei auch dann, wenn sie erschienen wäre, nicht hätte zum Wort kommen können.[28] Denn das Wesentliche ist nicht, daß sie dabei war, als der Vertreter handelte, sondern daß dieser dabei ist, wenn sie „sofort“ rektifiziert. Und auch das letztere gilt nur im Anwaltsprozesse (§ 137 IV), nicht aber im Parteiprozesse.[29]

bb) Das Gesetz hat bei der Formulierung des § 85 ² offenbar nur die mündliche Verhandlung im Auge. Das Bedürfnis, dem diese Vorschrift dienen soll, kann aber auch in dem schriftlichen Verfahren eintreten (z. B. im Kostenfestsetzungsverfahren). Hier dürfte der § 85 ² analog anzuwenden sein, um die nach dem Wortlaut des Gesetzes bestehende Lücke auszufüllen.[30] Die Berichtigung muß dann „sofort“ durch Schriftsatz geschehen.[31]

b) Auch im Anwaltsprozesse gelten prinzipiell die über das Verhältnis von Vertreterhandlung und Parteihandlung entwickelten Grundsätze, jedoch mit folgenden sich aus dem Anwaltszwang ergebenden Modifikationen.

α) Die Partei kann im allgemeinen nicht selbst neben dem Anwalt in die Prozeßführung eingreifen, sondern nur durch einen Anwalt, den sie neben dem ersten bevollmächtigt. Für einen solchen gilt das Seite 449 unter a, α Gesagte.

---

fügungen sieht. Vgl. darüber o. S. 387, 440. Richtig Wach I 609 ⁹, jedoch mit der Motivierung, „die materielle Disposition (?) in der Sache selbst könne der Partei nicht verkümmert werden“.

[28]) Man nehme etwa als Beispiel, daß das Gericht nach Abgabe der Vertretererklärungen die Verhandlung vertagt unter Anordnung des persönlichen Erscheinens der Partei (§ 141). Sollte diese hier nicht in der Lage sein, ohne Rücksicht auf die Erklärungen des Bevollmächtigten das Sachverhältnis aufzuklären?

[29]) Man nehme etwa den Fall, daß die Partei, nachdem der Vertreter instruktionswidrig gehandelt hat, im Termine die Vollmacht kündigt und nach seinem Abtreten sein Vorbringen sofort widerruft. Oder müßte etwa der Vertreter dabei bleiben, wenn sie es tut?

[30]) Gewöhnlich bleibt man beim Wortlaut stehen, so Gaupp-Stein, Erl. II zu § 85.

[31]) Im Parteiprozesse entstehen hierbei keine Schwierigkeiten. Im Anwaltsprozesse kann die Partei selbst keinen Schriftsatz einreichen. Aber der aufgestellte Satz kann praktisch werden, wenn das Gericht nach Eingang der schriftlichen Erklärung zur weiteren Beschaffung der Urteilsgrundlage mündliche Verhandlung anordnet.

β) Das unter a, β (S. 450 f.) behandelte Übergewicht der Partei über den Vertreter und ihre Berichtigungsbefugnis gelten auch im Anwaltsprozesse. Jedoch kann der Widerruf der Vollmacht nur durch Anzeige der Bestellung eines neuen Anwalts geschehen, und die Partei kann selbst niemals Anträge stellen oder Verfügungen vornehmen. Die Berichtigung in Beziehung auf „tatsächliche" Erklärungen kann sie aber selbst vornehmen (§ 137 IV). Solche „Aufklärung des Sachverhältnisses" durch die Partei selbst kann vom Gerichte von Amts wegen angeordnet werden.[32])

II. Die Wirkung der legitimierten Prozeßführung des Bevollmächtigten.

1. Sie wird in § 85 nur unvollkommen geregelt. Der § 85 ¹ sagt, daß die Prozeßhandlungen für den Vertretenen „verpflichtend" seien. Das gilt auch für Unterlassungen. Verpflichtend bedeutet soviel wie verbindlich, wirksam, maßgebend (in nachteiligem Sinne). Das Verhalten des Bevollmächtigten wirkt, was § 85 nicht sagt, natürlich auch für den Vertretenen. Und ebenso wirkt für und gegen die Partei alles, was gegenüber dem Bevollmächtigten (in passiver Vertretung) geschehen ist.[33]) Es gilt also der Grundsatz der vollen Repräsentation der Partei durch den Vertreter, falls dieser Vollmacht hat.

2. Die Prozeßführung des Bevollmächtigten geht auf den Namen der vertretenen Partei. Bleibt der Vertreter in den Grenzen seiner Vollmacht, so trifft die Wirkung seiner Prozeßhandlungen unmittelbar und ausschließlich die Partei: so „als wenn sie von ihr selbst vorgenommen wären".[34]) Dementsprechend ist auch das Urteil direkt und allein auf den Namen der Partei zu stellen,[35]) und nur für und gegen sie treten die Urteilswirkungen (Feststellungswirkung und Vollstreckbarkeit) ein. Eine Erstreckung derselben auf den Bevollmächtigten tritt aus dem Grunde, daß er Vertreter war, nicht ein, sondern nur aus anderen Gründen, die auch dann die Ausdehnung bewirken würden, wenn die Partei den Prozeß persönlich geführt

---

[32]) Vgl. o. S. 452. Gaupp-Stein, Erl. II Abs. 1 zu § 85 legt den § 85² m. E. zu eng aus, wenn er lehrt, als miterschienen gelte nur diejenige Partei, die in der Verhandlung nicht nur anwesend sei, sondern sich auch an derselben beteilige. Das kann doch nur heißen, daß sie sich schon vor der Rektifizierung beteiligt haben müsse. Es sollte also ausgeschlossen sein, daß die im Zuhörerraum anwesende Partei bei Ablegung eines falschen Geständnisses oder bei sonstigen falschen oder unklaren Erklärungen eingriffe? M. E. ist es sogar zulässig, daß das Gericht in solchem Falle die Anordnung des § 141 von sich aus erläßt. Ich verweise auf die allgemeinen Bemerkungen o. §§ 71 2.

[33]) BGB. § 164 III hebt dies ausdrücklich hervor.

[34]) § 85 ¹. Die Einschränkung, die dieser Satz in Beziehung auf „tatsächliche" Erklärungen erleidet (§ 85²), wurde schon o. S. 450/3 dargelegt.

[35]) Allerdings soll im Urteil bei der Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter auch der Name des Prozeßbevollmächtigten (nicht: des Spezialbevollmächtigten) genannt werden. Das geschieht aber nur zur Information des Gegners für die weitere Prozeßführung (§§ 176, 179).

hätte, so z. B. wenn die Ehefrau als Bevollmächtigte ihres auf Grund des § 1380 klagenden Ehemannes oder der Erbe als Vertreter des Testamentsvollstreckers[36]) prozessiert. Auch das ist für unsere Frage irrelevant, ob der Bevollmächtigte den Prozeß im eigenen Interesse führt.

Dementsprechend kann auch aus den Rechtsverhältnissen des Bevollmächtigten nur dann ein Rechtsbehelf entnommen werden, wenn dies aus allgemeinen Gründen zulässig ist.[37])

In die Prozeßkosten kann der bevollmächtigte Vertreter nur akzessorisch verurteilt werden.[38])

g) Die Beendigung der Vollmacht.

§ 132.

α) Im allgemeinen. Bürgerliches Recht und Prozeßrecht.

Bezüglich der Gründe, die die Vollmacht beendigen, besteht ein scharfer Gegensatz zwischen der nach dem bürgerlichen Recht zu beurteilenden Vertretungsmacht und der besonders zur Prozeßführung erteilten Vollmacht. Um ihn zu erkennen, und wegen der Bedeutung, die die nach bürgerlichem Recht zu beurteilende Vollmacht für die Prozeßführung dann hat, wenn diese in jener eingeschlossen ist (o. § 127), muß eine Übersicht über die privatrechtlichen Erlöschungsgründe gegeben werden.

Um die Darstellung abzukürzen, erwähnen wir zuerst

I. die Gründe, bezüglich deren das bürgerliche und das Prozeßrecht **übereinstimmen**. Hierher gehört

1. die völlige Erledigung des Geschäfts, für das die Vollmacht gegeben ist. Die Frage, wann der Prozeß in diesem Sinne als erledigt gilt, die Vollmacht also gegenstandslos geworden ist, ist bereits in § 130 B IV S. 444/5 beantwortet.

---

[36]) Da der Ehemann und der Testamentsvollstrecker nicht die Frau und nicht den Erben vertreten, so können die Ehefrau und der Erbe sehr wohl Vertreter sein, obgleich man nicht sich selbst vertreten kann. — Ebenso kann auch der Nachlaßpfleger den Erben zum Bevollmächtigten bestellen.

[37]) Klagt der Kommittent mit Vollmacht des Kommissionärs die diesem noch zustehende Forderung (HGB. § 392 [1]) in dessen Namen ein, so berührt der Prozeß und das Urteil direkt nur den Kommissionär. Aber der Kommittent kann Abtretung der Forderung verlangen, und wenn sie vorher eingetrieben wird, so geschieht es auf seine Rechnung. Deshalb ist es arglistig, wenn der Kommissionär (oder sein Prozeßbevollmächtigter) eine Vereinbarung nicht gelten lassen will, die der Kommittent über die ihm noch fremde Forderung im voraus getroffen hat. Vgl. RG. 39 S. 167. Bei fiduziarischer Abtretung ist der Zedent nicht mehr Gläubiger, aber er kann verlangen, es wieder zu werden. Die Rechtslage ist also entsprechend zu beurteilen. Vgl. RG. 52 Nr. 57 (mit bedenklicher Motivierung).

[38]) § 102, vgl. o. § 125[50] (S. 393).

2. Die Vertretungsmacht ist **höchstpersönlich**, erlischt also mit dem Tode des Bevollmächtigten [1]) und geht nicht etwa auf seine Erben oder sonstigen Nachfolger über. Jedoch steht nichts im Wege, daß die Vollmacht für den Fall des Todes sogleich auf solche Personen oder auf sonstige Dritte erstreckt wird. Ersteres wird namentlich geschehen, wenn die Vollmachtserteilung im Interesse des Bevollmächtigten (in rem suam) stattfindet. Für einseitige Geschäfte (BGB. § 174) und für die Prozeßführung (§ 80 ZPO.) ist erforderlich, daß diese Erstreckung in der Vollmachtsurkunde enthalten oder vom Gesetz besonders ausgesprochen ist. [2])

3. **Verliert der Bevollmächtigte die Fähigkeit zur Vertretung**, [3]) so kann weder er selbst noch ein Dritter (passive Vertretung) von der Vollmacht **Gebrauch** machen. Aber man darf nicht einfach sagen, [4]) daß sie erlischt. Hört die Unfähigkeit auf, [5]) so ist die Ausübung, die bis dahin ruhte, wieder möglich, wenn die Vollmacht nicht inzwischen aus **anderen** Gründen erloschen ist, sei es durch einfachen Widerruf, sei es durch die Bestellung eines neuen Bevollmächtigten **an Stelle** des bisherigen. [6])

Der gesetzliche Vertreter des Bevollmächtigten ist zur Ausübung der diesem erteilten Vollmachten nicht legitimiert. Aber auch hier ist wie in den Fällen unter 2 eine Erstreckung der Vollmacht durch den Vollmachtgeber oder kraft Gesetzes möglich und in § 791 BGB. für die Anweisungsermächtigung enthalten.

4. Ohne Einfluß auf den Fortbestand der zivilen und prozessualen Vollmacht ist es, wenn dem Bevollmächtigten bezüglich **seines** Vermögens das Verwaltungsrecht entzogen wird. Noch weniger kann die Rede davon sein, daß etwa der Konkursverwalter die Vollmachten des Gemeinschuldners ausüben könnte. [7])

---

[1]) Dies galt selbst bezüglich des solutionis causa adiectus nach l. 55 D. 45, 1, l. 81 pr. D. 46, 3. BGB. § 791 und ZPO. § 244 **gehen** von der Regel **aus**, daß die Vollmacht im Zweifel höchstpersönlich ist. **Ausgesprochen** ist diese Regel nicht.

[2]) Geschehen in BGB. § 791, weil das Gesetz davon ausgeht, daß die Ermächtigung dem Anweisungsempfänger in rem suam erteilt wird.

[3]) Zivilrechtlich kommt in Betracht Verlust der Geschäftsfähigkeit, prozessual der Verlust der Prozeßfähigkeit (auch durch bloße Beschränkung der Geschäftsfähigkeit, s. o. S. 402), ferner im Anwaltsprozeß bei Anwälten die Aufgabe oder der Verlust der Zulassung bei dem Prozeßgericht.

[4]) So Wach I 585 Nr. 6, Planck I 232, Gaupp-Stein, Erl. 1 zu § 86.

[5]) So z. B. infolge erfolgreicher Anfechtung oder baldiger Wiederaufhebung des Entmündigungsbeschlusses, der die Geschäftsfähigkeit aufhob oder beschränkte und (stets) die Prozeßunfähigkeit herbeiführte.

[6]) Dazu ist die Partei im Anwaltsprozesse genötigt, wenn sie die Folgen des § 244 II vermeiden will.

[7]) Eine Ausnahme wird nur dann zu machen sein, wenn die Ermächtigung bezweckt, dem Bevollmächtigten eine ihm **geschuldete** Leistung zukommen zu lassen, und die Forderung auf diese zur Konkursmasse gehört, so also auch, wenn dem Gemeinschuldner eine Anweisung zwecks Schuldtilgung gegeben ist (§ 791 BGB. spricht **hiervon** nicht, sondern nur von Geschäftsfähigkeit). Vgl. Hupka, Die Vollmacht 386.

Auch der auf seiten des Vollmachtgebers eintretende Verlust des Verwaltungsrechts oder der bloßen Verfügungsbefugnis oder ihre bloße Einschränkung schließen prinzipiell die Fortdauer der Vertretungsmacht nicht aus. Eine Ausnahme gilt für die zivile Vollmacht, wenn über den Vertretenen der Konkurs eröffnet wird.[8]) Aber auch wo die Vollmacht fortdauert,[9]) ist zu beachten, daß der Bevollmächtigte kraft seiner Vertretungsbefugnis nicht mehr Rechte und Befugnisse ausüben kann, als der Vertretene selbst hat und jetzt ausüben könnte.

II. Gründe des bürgerlichen Rechts.

1. Wie die zivile Vollmacht inhaltlich beliebig bestimmt werden kann, so kann auch ihre Fortdauer beliebig von einer Zeitbestimmung oder einer Bedingung abhängig gemacht werden.

2. Die privatrechtliche Vollmacht erlischt mit dem Rechtsverhältnis, das ihrer Erteilung zugrunde liegt (§ 168 [1]). Diese Vorschrift beruht darauf, daß es erfahrungsgemäß im Sinne des Vollmachtgebers liegt, daß die Vollmacht nicht länger bestehen bleiben soll, als jenes interne Geschäftsbesorgungsverhältnis (Grundverhältnis) dauert. Das Gesetz verlangt nicht, daß der Vollmachtgeber dies sagt (was er nach dem unter 1 Gesagten könnte), sondern gibt in § 168 [1] einen dispositiven Rechtssatz.

Er ist von außerordentlich großer Tragweite. Nach ihm beurteilt sich z. B. die Frage, ob der Tod und die Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers die Vollmacht aufhebt, was im Zweifel bei Geschäftsbesorgungsverträgen zu verneinen ist (§§ 672, 675, vgl. Note 10), bei der Gesellschaft aber zu bejahen ist (§ 727). Nach § 168 beurteilt sich auch die Wirkung der Konkurseröffnung. Maßgebend sind die §§ 23, 25 (28) KO. Infolge der Eröffnung erlischt die Gesellschaft schlechthin; ein Auftrag und eine entgeltlich übernommene Geschäftsbesorgung erlöschen, es sei denn, daß diese „sich nicht auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen beziehen“;[10]) jedoch gilt Recht und Pflicht zur Geschäftsbesorgung unter gewissen Umständen (§ 23 I, 2, II) als fortbestehend. Danach erlischt gemäß § 168 BGB. aus den bezeichneten Gründen auch die Vollmacht, wenn das Geschäft stellvertretungsweises Handeln erfordert. Sie erlischt als Macht zur Vertretung des Gemeinschuldners; sie erhält sich als solche in den in KO. §§ 23 I, 2, II, 25 (BGB. §§ 728 II, 729) bezeichneten Ausnahmsfällen. So wenig aber der Vormund des Gemeinschuldners trotz zweifellos fortbestehender Vertretungsmacht befugt ist, die Konkursmasse zu vertreten, ebensowenig kann hiervon jemals bei dem Bevollmächtigten des Ge-

---

[8]) Bezüglich des Zivilrechts vgl. II 2, bezüglich der prozessualen Vollmacht u. § 133 S. 470.

[9]) Z. B. bei der Frau, die sich verheiratet (BGB. §§ 1395 f.), bei dem Erben, wenn Nachlaßverwaltung angeordnet wird (§ 1984), bei Veräußerungsverboten (§§ 135/6).

[10]) So sagt der § 23 KO. Nicht sagt das Gesetz, daß das Geschäft sich auf die Konkursmasse beziehen müsse. Das ist ein wichtiger Unterschied. Der Auftrag, ein Darlehen aufzunehmen oder sonst ein Verpflichtungsgeschäft einzugehen, fällt unter § 23. — Der § 23 II findet beim Dienstvertrag auch dann Anwendung, wenn das Dienstverhältnis durch die Konkurseröffnung nicht erlischt (z. B. im Falle KO. § 22). Das Erlöschen bezieht sich auf das konkrete Geschäft, dessen Ausführung au Grund des Dienstvertrags übertragen war. Vgl. Hellwig, Verträge 517.

meinschuldners die Rede sein. Weil der Gemeinschuldner mit der Konkurseröffnung das Verwaltungsrecht verliert, so haben auch die Rechtshandlungen seiner Vertreter nur insoweit gegenüber der Masse Wirkung, als sie wirksam wären, wenn der Gemeinschuldner selbst sie vorgenommen hätte[11]) (KO. § 7 I, 2, § 8). Im übrigen nützt dem Dritten, der sich mit dem Bevollmächtigten eingelassen hat, seine Unkenntnis der Konkurseröffnung gegenüber der Konkursmasse nichts.

Nach dem Prinzip des § 168 ist auch die Frage zu beantworten, ob die privatrechtliche Vollmacht, die ein Vertreter erteilt hat, dadurch erlischt, daß letzterer die Vertretungsmacht verliert. Besteht das interne Verhältnis nur zwischen dem Vormund oder dem Prokuristen und dem von ihnen Bevollmächtigten, ist also die Geschäftsbesorgung dem Bevollmächtigten in ihrem Interesse übertragen (um sie zu erleichtern), so ist die Frage zu bejahen. Anders, wenn auch das der Vollmacht zugrunde liegende Verhältnis in Vertretung geschlossen ist. Der Handlungsbevollmächtigte, der von dem Vormund oder Prokuristen angestellt ist, weil es für den Betrieb des Geschäftes nötig ist, verliert seine Vertretungsmacht nicht dadurch, daß das Mündel volljährig wird oder der Prokurist ausscheidet.[11a])

3. Der Widerruf der Vollmacht[12]) ist die direkte Aufhebung der durch die Bevollmächtigung vom Vollmachtgeber einseitig geschaffenen Vertretungsmacht. Er ist von der Kündigung des Grundverhältnisses zu unterscheiden. Letztere kann jedem von beiden Teilen zustehen und bewirkt dann nach dem unter 2 Gesagten (§ 168 [1]) indirekt auch das Erlöschen der Vollmacht. Der Widerruf steht ausschließlich dem Vollmachtgeber zu.[13]) Er kann bei der privatrechtlichen Vollmacht ausgeschlossen sein.

Er ist ausgeschlossen α) mit Rücksicht auf den Bevollmächtigten dann, wenn die Unwiderruflichkeit sich aus dem Grundverhältnis kraft Gesetzes ergibt, so in den Fällen der §§ 715, 1117 II. Ein Verzicht schließt auch privatrechtlich den Widerruf nicht aus, so auch nicht, wenn einem Gesellschafter anders als durch den Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung und die Vertretungsmacht eingeräumt ist.[14]) Auch prozessual hat dies Bedeutung (vgl. u. S. 461). β) Mit Rücksicht auf

---

[11]) Also im Umfange von KO. § 7 I, 2, § 8 (Grundbuchsverfügungen und Einziehung von geschuldeten Leistungen). — Kraft der Ermächtigung, die durch die (nicht angenommene) Anweisung erteilt wird, kann nach der Konkurseröffnung der Anweisungsempfänger gegenüber der Konkursmasse keine anderen Wirkungen hervorbringen, als der Machtgeber (streitig).

[11a]) Für das frühere Recht ist die Frage bestritten. Für das ALR. nimmt RG. 41 S. 264 f. das Erlöschen der vom Vormund gegebenen Generalvollmacht an. Bezüglich der Prozeßvollmacht s. u. § 133 [15].

[12]) Die Vollmacht geht auf die Zukunft. Die Form, in der sie aufgehoben wird, ist der Widerruf, der völlig frei steht und einer „Anfechtung" neben ihr keinen Raum läßt (die Gesellschafter fechten im Falle des § 710 nicht die Bevollmächtigung, sondern den Gesellschaftsvertrag an). Ist auf Grund der Vollmacht gehandelt, so handelt es sich in Wahrheit nicht um Anfechtung der Vollmacht, sondern des auf Grund derselben geschlossenen Rechtsgeschäfts. Hier ist es von der größten praktischen Bedeutung, wer Adressat der Bevollmächtigungserklärung ist (vgl. §§ 122, 123 II BGB.). Vgl. o. S. 419 [60], ZZP. 29 527 f. v. Seeler, Arch. f. bürg. R. 28 35 f. sucht einen Ausweg, indem er die Erzeugung einer Scheinvollmacht nicht als Rechtsgeschäft betrachtet.

[13]) Mit Recht spricht BGB. § 168 [2, 3] nur vom Widerruf. Eine Niederlegung der Vollmacht (durch den Bevollmächtigten) ist ihm nicht bekannt. Daß man eine solche als möglich betrachtet, beruht auf der Verwechslung von Auftrag und Vollmacht, der das BGB. ein Ende gemacht hat oder doch gemacht haben sollte.

[14]) Dies ergibt nicht nur Wortlaut und Sinn des § 168 BGB., sondern auch

den **Schuldner** kann der Gläubiger die Vollmacht nicht widerrufen, die jenen vertragsmäßig berechtigt, die geschuldete Leistung an einen Dritten (solutionis causa adiectus) zu machen.[15] [16]

Der Widerruf der zivilrechtlichen Vollmacht (auch derjenigen, die wegen ihres umfassenden Inhalts nebenbei zur Prozeßführung befugt) erfolgt im Gegensatz zum Prozeßrecht nach § 168 ^{3} BGB. wahlweise durch Erklärung an den Dritten[17] oder durch Erklärung an den Bevollmächtigten.[18] Die Erklärung an den Dritten tilgt die Vertretungsmacht schlechthin,[19] die Erklärung an den Bevollmächtigten dagegen, wie gleich (5) zu zeigen ist, keineswegs.

4. Endlich kennt das bürgerliche Recht noch ein Erlöschen der Vollmacht durch Kraftloserklärung der Vollmachtsurkunde.[20]

5. Fortdauer der bloßen Vertretungsmacht.

Es ist klar, daß durch den Grundsatz unter 2 und 3 die Interessen des Vertreters, der das Erlöschen nicht erfahren hat, und der Dritten, die sich mit ihm im Vertrauen auf die Fortdauer seiner Vollmacht einlassen, auf das schwerste gefährdet wären, wenn nicht das BGB. durch andere Vorschriften Vorsorge getroffen hätte. Dies ist geschehen 1. durch die Vorschrift, daß der Dritte jedes einseitige Geschäft zurückweisen kann, wenn der Vertretene ihm nicht die Bevollmächtigung direkt oder durch Vollmachtsurkunde erklärt hat,[21] 2. durch Vorschriften, die dem Vertreter, dessen Vertretungsbefugnis erloschen ist, die bloße Vertretungsmacht gegenüber Dritten belassen.[22]

---

§ 790 ^{2}, der, falls man die in der Anweisung liegende Ermächtigung nicht als Vollmacht betrachtet, ein argumentum a maiore ad minus für die Vollmacht ergibt.

[15] Prozessual hat dies indirekt Bedeutung, nämlich insofern, als der Gläubiger (und sein Prozeßbevollmächtigter) auf Leistung an den Dritten klagen muß, wenn er nur diese verlangen kann (Hellwig, Verträge 76 f.). Die Befugnis des Schuldners, an einen Dritten zu zahlen, wird durch die Vollmacht begründet, Recht u. Pflicht dazu aber nur durch Vertrag (§ 328, Hellwig, Verträge 92 f.). Mehr sagt der § 787 II, in dem v. Thur, Iherings Jahrb. 49 1 f. eine Widerlegung der Theorie findet, die in der Anweisung nur eine besondere Art der Vollmacht erblickt, nicht, s. a. a. O. 100, 110. — Eine Prozeßvollmacht liegt in der Einziehungsvollmacht als solcher auch dann nicht, wenn sie unwiderruflich ist; ist sie erteilt, so legitimiert sie zur Klage nur nomine creditoris; auf Leistung an sich selbst kann der Bevollmächtigte nur dann klagen, wenn der Gläubiger so zu klagen hätte. — Über Ermächtigung zum Leistungsempfang s. Wieland, Arch. f. ziv. Pr. 95 161 f.

[16] Weitere Fälle der Unwiderruflichkeit (aus anderen Gesichtspunkten) sind enthalten in den §§ 81 II, ^{2}, 1733 II, 1753 II BGB.

[17] Gleichwertig ist die öffentliche Bekanntmachung, wenn durch solche die Bevollmächtigung geschehen ist (§ 171 II).

[18] Bei der Prokura tritt hinzu die Eintragung des Erlöschens im Handelsregister (HGB. § 52 III). Hier gilt HGB. § 15 II.

[19] v. Seeler a. a. O. (Note 12) 34 nimmt hier nur ein „Scheinerlöschen" an.

[20] BGB. § 176, vgl. Kujawa bei Gruchot 45 493, Eccius das. 498.

[21] BGB. § 174 (vgl. darüber schon o. S. 410 f.), der in Verbindung mit §§ 170 bis 172 auch für unsere Fragen die größte Bedeutung hat.

[22] Über diesen Gegensatz von Macht und Befugnis vgl. o. S. 408 ^{8}. In diesen Fällen der §§ 169—172, in denen der Vertreter so behandelt wird, als sei er noch Bevollmächtigter, könnte man mit v. Seeler a. a. O. 37 f. von Scheinvollmacht sprechen. Sie ist nichts anderes als unsere bloße Vertretungsmacht (ohne Befugnis).

a) Die §§ 674 5, 729 BGB. in Verbindung mit §§ 168 [1], 169 tun dies zugunsten des Vertreters unter der Voraussetzung, daß er und der Dritte das Erlöschen ohne Fahrlässigkeit nicht kannten.[23])

b) Die §§ 170,3 BGB. aber tun es zugunsten des Dritten unter der Voraussetzung, daß ihm die Bevollmächtigung direkt (§ 170) erklärt oder durch besondere Mitteilung oder öffentliche Bekanntmachung (§ 171) oder durch Vorlegung einer Vollmachtsurkunde (§ 172) kundgegeben wurde und daß ihm das Erlöschen ohne Fahrlässigkeit unbekannt war (§ 173). Auf die Kenntnis des Vertreters kommt hier gar nichts an.

III. Durchaus abweichend ist die Regelung des Erlöschens der **reinen prozessualen** Vollmacht. Wie der Inhalt der Prozeßvollmacht vom Gesetz durch absolute Vorschriften festgesetzt ist (§§ 81/2, § 83 [1]), so ist dies auch bezüglich ihrer zeitlichen Dauer geschehen.

1. Die Prozeßvollmacht kann nicht beschränkt werden bis zum Eintritt eines gewissen oder ungewissen Ereignisses. Der Grundsatz unter II, 1 gilt also für die Prozeßvollmacht nicht.

2. Damit hängt es zusammen, daß das Prozeßrecht auch den unter II, 2 bezeichneten weittragenden Grundsatz des § 168 [1] BGB. (die Abhängigkeit der Fortdauer von dem Fortbestehen des Grundverhältnisses) nicht kennt. Die Wirkung einzelner Ereignisse, deren Einfluß auf die zivile Vollmacht sich nach jenem Prinzip (§ 168 [1]) bestimmt, ist von der ZPO. speziell (und zwar abweichend vom BGB.) geregelt (Tod und Geschäftsunfähigkeit). Der Konkurs beendigt die Vollmacht nicht.[24])

3. Den Widerruf kennt die ZPO. unter der Bezeichnung Kündigung, aber deren Zulässigkeit, Adresse und Form sind besonders geregelt. Die prozessualen Grundsätze über den Widerruf entsprechen durchaus der Form der Vollmachtserteilung. Sie sind einfach, klar und durchsichtig. Ein Schutz des guten Glaubens „an die Fortdauer der erteilten Vollmacht" kommt für die prozessuale nicht in Betracht, weil die prozessual wirksame Kündigung nur durch Anzeige (§ 87) geschehen kann.[25])

4. Eine Kraftloserklärung der Prozeßvollmacht ist nicht möglich. Will die Partei verhindern, daß von der von ihr ausgestellten Urkunde Gebrauch gemacht werde, so hat sie nur das Mittel einer Anzeige an den Prozeßgegner und an das Prozeßgericht. Dadurch kann sie zwar nicht verhindern, daß der Inhaber der Vollmachtsurkunde auf Grund derselben eine Prozeß-

---

[23]) Fehlt dem Dritten der gute Glaube, so kann der Vertreter aus § 179 wegen mangelnder Vollmacht nicht in Anspruch genommen werden und bedarf also keines Schutzes. Fehlt der gute Glaube dem Vertreter, so ist er des Schutzes nicht würdig. Vgl. das Beispiel u. bei Note 28. Der gute Glaube des Vertreters ist causa efficiens, der des Dritten conditio sine qua non.

[24]) Vgl. näher u. S. 464 f., 470. [25]) Vgl. näher u. S. 462/3.

handlung im Namen des Ausstellers vornimmt, wohl aber erreicht sie damit, daß der Vertreter wegen Mangels der Vertretungsmacht alsbald zurückgewiesen werden muß. Dies gilt auch schon bezüglich der Einreichung der Klagschrift (zur Terminsbestimmung) — auch im Anwaltsprozesse —, falls die Partei dem Gericht die Anzeige gemacht hat, bevor der Termin anberaumt wird.[26]) —

Hiernach darf man weder im ganzen noch in einzelnen Beziehungen die Grundsätze des bürgerlichen Rechts über das Erlöschen der Vollmacht direkt oder entsprechend anwenden.[27])

IV. Dagegen kommen die Grundsätze des bürgerlichen Rechts auch im Prozesse **direkt** zur Anwendung, soweit es sich um eine zivilistische Vollmacht handelt, die auch die Befugnis zur Prozeßführung umfaßt (o. § 127). So auch die Grundsätze über die Fortdauer der bloßen Vertretungsmacht, z. B. des Prokuristen, dessen Prokura durch Kündigung an ihn erloschen war, ohne daß dies in das Handelsregister eingetragen wurde (HGB. § 53 III). Der Kaufmann muß die Prozeßführung gegen sich gelten lassen bis zu dem Zeitpunkt, in dem dem Gegner das Erlöschen bekannt geworden ist oder nach Eintrag in das Handelsregister und nach Bekanntmachung hätte bekannt werden müssen (HGB. § 15). Von diesem Zeitpunkte an ist der Kaufmann in dem Verfahren, das der frühere Prokurist nun einleitet oder, nachdem es mit Vertretungsmacht von ihm eingeleitet war, nun fortführt, nicht mehr nach Vorschrift der Gesetze vertreten.[28]) Hat ein im Gesellschaftsvertrage zur Geschäfsführung einschließlich der Prozeßvertretung bestellter Gesellschafter den Prozeß begonnen oder fortgeführt, nachdem der Tod eines Gesellschafters die Gesellschaft aufgelöst hatte, so müssen alle Gesellschafter seine Prozeßführung anerkennen, solange 1. er selbst die Auflösung der Gesellschaft und 2. der Gegner das Erlöschen der Vollmacht ohne Fahrlässigkeit nicht kennen (BGB. §§ 729, 169). Hatte

---

[26]) Vgl. auch BGB. § 172. — Nimmt man an, daß die Erklärung an den Vertreter die Vollmacht schon perfekt macht, so wären die Grundsätze des § 87 ZPO. direkt anzuwenden. Von unserem Standpunkte aus handelt es sich nur um Widerruf der Ermächtigung, als Bote des Klägers dessen Vollmachtserklärung zu überbringen. Auch im Anwaltsprozesse kann die Partei selbst handeln. Natürlich kann keine Rede davon sein, daß die Partei, die die Klaganstellung verhindern will, im Anwaltsprozesse einen neuen Anwalt bestellen müßte. Unsere Auffassung ergibt die Begründung sehr leicht: Der Inhaber der Vollmachtsurkunde hat die Vertretungsbefugnis noch gar nicht; der § 87 bezieht sich aber nur auf solche Fälle. Darüber, daß hier kein Anwaltszwang besteht, vgl. o. § 126[10] und S. 415.

[27]) Dies geschieht vielfach. So hält Weismann I § 25 V den § 168 BGB. für direkt anwendbar, da „er sich aus der Natur der Sache ergebe" und die ZPO. „keine Bestimmungen darüber enthalte"; nur Ausnahmen soll der Grundsatz erleiden. Vgl. ferner Seuffert, Erl. 1 zu § 86.

[28]) Eine Unterbrechung tritt durch den Wegfall der Prokura nicht ein. Der Kaufmann ist säumig, wenn er weder selbst erscheint noch einen legitimierten Vertreter schickt. — Die Prozeßvollmacht, die der Prokurist als solcher wirksam erteilt hat, dauert natürlich fort.

er aber den ihn legitimierenden Gesellschaftsvertrag vorgelegt, so behält er (ohne Rücksicht auf sein Wissen) die bloße Vertretungsmacht so lange, bis das Erlöschen dem Gericht oder dem Gegner angezeigt ist oder dem Gegner bekannt sein müßte (BGB. §§ 172/3). Auch die Kraftloserklärung der im Gesellschaftsvertrag geschehenen Bevollmächtigung (BGB. § 176) wirkt hier hinsichtlich der Prozeßführung.

§ 133.

β) Die Gründe für das Erlöschen der reinen prozessualen Vollmacht (Einzelheiten). Wirkung des Erlöschens.

I. Über die Frage, welchen Einfluß die Erledigung der Vollmacht durch Ausführung des Geschäfts und der Eintritt des Todes des Bevollmächtigten oder der Verlust der Vertretungsfähigkeit haben, wurde bereits in § 132 unter I, 1 bis 3 gehandelt.

II. Widerruf der Vollmacht.

1. ZPO. § 87 spricht von der „Kündigung des Vollmachtsvertrags“ und meint damit die einseitige Erklärung, durch die der der Vollmacht zugrunde liegende Vertrag und zugleich diese selbst beendigt werden soll, in der genaueren Ausdrucksweise des BGB. also 1. den „Widerruf des Auftrags“ usw. durch die Partei, wie auch die „Kündigung des Auftrags“ usw. durch den Beauftragten,[1]) und 2. den diesem gegenüber ganz selbständig zu beurteilenden „Widerruf der Vollmacht“.

2. Die Aufhebung des internen Vertragsverhältnisses beurteilt sich hinsichtlich der Zulässigkeit und Form durchaus nach bürgerlichem Rechte. Auch der Absatz 2 des § 87 bezieht sich auf sie nicht,[2]) sondern behandelt ebenso wie Absatz 1 nur die Frage, welche Wirkung die Aufhebung des Grundverhältnisses auf das von der ZPO. allein geregelte Vollmachtsverhältnis übt.[3])

3. Der Widerruf der Vollmacht steht dem Vollmachtgeber jederzeit

---

[1]) BGB. § 671 zeigt, daß Widerruf und Kündigung begrifflich nichts Verschiedenes bedeuten können. Die Terminologie des BGB. ist eine schwankende; vgl. §§ 27, 81, 130, 168, 171, 178, 183, 658, 790, 1405, 1911 II, 2253/8 (Aufhebung der Wirkung von einseitigen Erklärungen), §§ 109, 530, 610, 671, 1397, 1584, 1830, 1911 II (Aufhebung von Vertragsverhältnissen mit oder ohne Rückwirkung). Dagegen „tritt“ der Verlobte vom Verlöbnis „zurück“ (§ 1298). Der Erbvertrag wird „aufgehoben“ (§§ 2290/1), durch „Rücktritt“ beseitigt (§§ 2293/7). Eine feste Bedeutung hat nur die „Anfechtung“ (Widerruf = Vernichtung), § 142 mit §§ 119, 123, 1593, 2344.

[2]) A. M. Skonietzki-Gelpcke, Erl. 5 zu § 87; dagegen Wach I 584, Planck I 228, 231, Struckmann-Koch, Erl. 2, Seuffert, Erl. 2 zu § 87.

[3]) Nur indirekt hat § 87 II, wie Gaupp-Stein, Erl. 2 zu § 87 richtig bemerkt, privatrechtliche Bedeutung, nämlich insofern, als dieser § den Vertreter befähigt, die Folgen der unzeitigen Kündigung (z. B. §§ 671 II, 627 II, 2, 723 II, 2) zu vermeiden.

und unverzichtbar zu.[4]) Er hebt, formgemäß erfolgt, die Vertretungsmacht auch dann auf, wenn das Innenverhältnis noch besteht, ja sogar dann, wenn der Vertreter nichts davon weiß und etwa erst durch seine Zurückweisung Kenntnis erhält.

Haben die Vollmachtgeber nur Kollektivvertretung, so können sie auch nur zusammen die Vollmacht widerrufen,[5]) ebenso solche Streitgenossen, welche die Verwaltung nur gemeinschaftlich haben,[6]) während in allen anderen Fällen jeder Streitgenosse für sich die Macht, ihn zu vertreten, aufheben kann.

4. Der Widerruf ist nur wirksam, wenn er erfolgt ist

a) durch den Vollmachtgeber (oder seine Rechtsnachfolger oder Vertreter). Daß die Kündigung des „Vollmachtsvertrags" durch den Bevollmächtigten die Vollmacht nicht aufhebt, stellt gerade der Absatz 2 des § 87 außer Zweifel. Die Erklärung des Bevollmächtigten ist prozessual (hinsichtlich der Vertretungsfragen) ohne Bedeutung.[7]) Relevant in dieser Beziehung ist es erst, wenn die Partei ihn durch ihren Widerruf beseitigt hat, sei es durch eigene Übernahme der Prozeßführung (im Parteiprozeß), sei es durch Bestellung eines anderen Anwalts, was im Anwaltsprozesse allein in Frage kommt.[8])

b) Der Widerruf kann nur erfolgen durch Anzeige bei Gericht[9]) oder durch Zustellung eines Schriftsatzes an den Gegner,[10]) im Anwaltsprozeß aber nur durch Anzeige der Bestellung eines neuen Anwalts (an Stelle des bisherigen).[10a]) Diese Vorschrift (§ 87) sagt nicht etwa, daß die Vollmacht nur als fortbestehend gilt, solange der Gegner in Unkenntnis ist,[11]) sondern in scharfem Gegensatz zu § 168 [3] schreibt die ZPO. in richtiger Würdigung der Bedürfnisse des Prozeßverkehrs vor, daß jene Form der Anzeige die

---

[4]) Vgl. S. 458 9.

[5]) So z. B. der aus mehreren Personen bestehende Vorstand oder die Prokuristen mit Kollektivprokura. Bei prozessualer Gesamtvertretung kann jeder die kraft solcher geschehene Bestellung eines Substituten oder eines Vertreters für die höhere Instanz widerrufen (§ 87).

[6]) So die Gesellschafter (§ 709, vgl. § 719), die Miterben (§ 2038) und nach Beendigung der Gütergemeinschaft die Ehegatten (§ 1472). Die Aufhebung der Rechtslage, die durch die gemeinschaftliche Vollmachtserteilung geschaffen ist, ist eine Verwaltungshandlung. Wo Mehrheitsbeschlüsse zulässig sind, genügt natürlich ein solcher.

[7]) So auch dann, wenn der Vertreter etwa in der mündlichen Verhandlung erklären würde, er lege die Vollmacht nieder. Das kann er nicht. Seine Erklärung kann nur Bedeutung als Kündigung an seine Partei haben.

[8]) So mit Recht Wach I 585 u. a. Man beachte, daß § 87 II nicht sagt: zu sorgen imstande ist, sondern: „für Wahrnehmung seiner Rechte in anderer Weise gesorgt hat". [9]) Vgl. dazu o. § 128 S. 412 f.

[10]) Formlose Anzeige an den Gegner genügt nicht. Anders die herrschende Ansicht, s. dagegen o. S. 416 [4].

[10a]) Hat die Partei im Anwaltsprozesse einmal einen Anwalt bestellt, so kann sie in keiner anderen Weise vertreterlos werden, als durch Gründe, die in der Person des Anwalts liegen (§ 244).

[11]) Seuffert's (Erl. 1 a. E. zu § 87) Bemerkung, der § 87 enthalte „ähnliche Bestimmungen" wie BGB. §§ 170, 171 II, kann leicht irreführen.

einzig relevante ist. Bis zu ihr sind Gericht und Gegner nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, den Vertreter als den Prozeßbevollmächtigten anzuerkennen.[12])

III. Der Tod des Vollmachtgebers, eine Änderung in betreff seiner Prozeßfähigkeit (Geisteskrankheit, Entmündigung) oder seiner gesetzlichen Vertretung hebt kraft absoluten[13]) Rechtssatzes die Vollmacht nicht auf (§ 86).

1. In denjenigen Fällen des § 86 [1], in denen es sich nicht um den Tod der Partei handelt, hat die Vorschrift, daß die Vollmacht nicht aufgehoben wird, positiv die Bedeutung, daß die Befugnis, die Partei zu vertreten, auch dann bestehen bleibt, wenn sie selbst die Vollmacht erteilt hatte und prozeßunfähig wird[14]) oder wenn der bevollmächtigende gesetzliche Vertreter nach ihrer Erteilung wechselt oder sonstwie wegfällt.[15])

Weil die Prozeßvollmacht bestehen bleibt, tritt gemäß § 246 [I. 1] auch keine Unterbrechung ein, wie sie sonst in diesen Fällen deshalb stattfindet, weil sonst die Partei unverteidigt wäre (§ 241). Jedoch kann das Verfahren auf Antrag des Prozeßbevollmächtigten ausgesetzt werden (§ 246 [I. 2]). Die Vorschrift des § 86 [2], daß er nach der Aussetzung eine neue Vollmacht vorzulegen hat, bezieht sich auf unsere Fälle nicht,[16]) da § 86 [2] von einer Vollmacht des „Nachfolgers im Rechtsstreit" spricht, in unseren Fällen aber die Partei dieselbe bleibt und eine Sukzession in das Prozeßverhältnis nicht stattfindet. Der tiefere Grund für jene Vorschrift ist nicht die Aussetzung, sondern der Parteiwechsel, wegen dessen sie geschehen ist.[17])

Die Vorlegung einer neuen Vollmacht könnte nur den Zweck haben, von der Person des neuen gesetzlichen Vertreters Kunde zu geben. An seiner Person haben aber Gericht und Gegner kein Interesse, solange er nicht handelnd hervortritt, indem er z. B. die Vollmacht widerruft oder Eide zu leisten hat oder persönlich (§ 137 [IV]) Erklärungen abgeben will. Dann muß der Prozeßbevollmächtigte ihn nicht nur

---

[12]) So z. B. in Ansehung der Zustellungen (§§ 176, 179), RG. 4 S. 414, JWSchr. 1891 S. 246, 1894 S. 423, bei Gruchot 38 1220, Wach I 584 und die Komm. zu §§ 87, 176.

[13]) ZPO. § 83. Anders nach BGB. §§ 672,3. Die Unbeschränktheit der zeitlichen Dauer hat ihren Grund darin, daß dem Gericht und dem Gegner nicht zugemutet werden soll, die hinter dem Bevollmächtigten stehende Person zu kontrollieren. Sie gilt natürlich nur für die „Prozeßvollmacht" (arg. § 83 [II]). Dagegen gilt der § 86 [1] auch für die Spezialvollmacht, soweit er sie nicht erlöschen läßt. Der § 86 [2] gilt für diese nicht, vgl. unten bei Note 16, 37. Skonietzki-Gelpcke, Erl. 1 zu § 86 wollen den ganzen § 86 nur auf die Prozeßvollmacht beziehen. Dagegen Planck I 232 [41], Gaupp-Stein, Erl. II 1 zu § 86.

[14]) Durch Geisteskrankheit oder Entmündigung oder vorläufige Vormundschaft. Ebenso übrigens, wenn die Partei als prozeßunfähig zu gelten beginnt (§ 53), s. o. § 117 S. 330.

[15]) Bezüglich des Privatrechts vgl. o. § 132 [11a]. — Die prozessuale Substitution erlischt mit dem Wegfall des Substituenten, vgl. o. § 126 a. E.

[16]) Entgegengesetzt die herrschende Meinung (Planck I 232 und die Kommentare zu § 86). Richtig Wach I 586. [17]) Vgl. u. S. 466 f.

benennen, sondern auch dessen Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter nachweisen.[18]) Das alles gilt aber auch dann, wenn eine Aussetzung nicht stattgefunden hat.

2. Stirbt die Partei, erhält sich aber trotzdem die Vertretungsmacht, so kann dies positiv nur bedeuten, daß der Bevollmächtigte von nun an die an die Stelle der gestorbenen getretene neue Partei vertritt.[19])

a) Wer diese neue Partei ist, bestimmt sich nach dem maßgebenden bürgerlichen Rechte, das keineswegs immer das BGB. ist (EG. zum BGB. Art. 25). Ist, wie regelmäßig nach gemeinem Recht, zum Erwerb der Erbschaft ihre Antretung nötig, so hat der Bevollmächtigte zweifellos zunächst nur die Befugnis zur Vertretung der hereditas iacens, und erst nach der Annahme kann er den Erben vertreten. Nach dem BGB. wird, solange der Erbschaftserwerb aufgeschoben ist, der ruhende Nachlaß zur Partei, und der Bevollmächtigte vertritt in dem weiterlaufenden Prozesse diese selbständige Vermögensmasse, mag für sie ein Nachlaßpfleger bestellt sein oder nicht.[20]) In den Normalfällen des § 1942 BGB. vertritt der vom Erblasser bestellte Bevollmächtigte von der Erbschaftsannahme an den Erben, bis dahin aber nicht eine konkrete Person,[21]) sondern „den Erben als solchen", in richtigerer Formulierung: den Nachlaß als ein selbständiges Sondervermögen, mag ihm ein Pfleger bestellt sein oder nicht. Ist ein Testamentsvollstrecker da, der die Legitimation für den konkreten Prozeß hat, so ist die vom Bevollmächtigten zu vertretende Partei der Testamentsvollstrecker (richtiger: der unter seiner Verwaltung stehende Nachlaß); zugleich aber vertritt er den Erben, wenn der Prozeß ein Passivprozeß ist, in den auch der Erbe sukzediert.[22]) Vertrat der Bevollmächtigte zuerst den (definitiven) Erben, so vertritt er, wenn dessen Erbschaftserwerb rückgängig gemacht wird, nun ohne weiteres denjenigen, der durch die Anfechtung an seine Stelle getreten ist.[23])

b) Die neue Partei tritt an die Stelle des Erblassers mit dessen Tod. Aber das Vorhandensein des Prozeßbevollmächtigten[24]) verhindert es, daß der Prozeß „unterbrochen" wird (§ 246 I). Er läuft zu-

---

[18]) Dazu ist die Vorlegung einer Vollmacht weder erforderlich noch genügend.

[19]) Die Rechtslage, in der man als Vollmachtgeber ist, ist also vererblich. In diesem Sinne sprechen wir im folgenden von Vererblichkeit der Vollmacht oder allgemeiner von dem Übergang der Vollmacht (Note 41).

[20]) Vgl. über diese Ausnahmsfälle (BGB. §§ 80, 1923) o. Bd. 1 § 43 II, nam. Note 9, dazu noch Hölder, Natürliche und juristische Personen 318 (zustimmend).

[21]) Dem provisorischen Erben fehlt ja das Verwaltungsrecht (§§ 1958, 9), s. o. Bd. 1 § 44 II 3a, b.

[22]) BGB. § 2213 I 1, III, ZPO. § 748. Vgl. o. Bd. 1 § 50 II, III. Hier tritt an Stelle des Erblassers der Testamentsvollstrecker und der Erbe, wie diese in solchen Fällen ja auch als Streitgenossen verklagt werden könnten.

[23]) So bei Anfechtung des Testaments oder Erbvertrags (§§ 2078, 2279), bei Anfechtung der Erbschaftsannahme oder Ausschlagung (§§ 1954/7) oder des Erbschaftserwerbes wegen Erbunwürdigkeit (§ 2344).

[24]) Nicht aber Vorhandensein eines nur zu einzelnen Prozeßhandlungen Bevollmächtigten (§ 83 II), obwohl sich auch dessen Vollmacht für die Nachfolger erhält (Note 13).

[illegible] der Bevollmächtigte [illegible][25] ohne daß die neue [illegible] ist wirksam [illegible] gebliebene [illegible].

[illegible] aber völlig,[26]) [illegible] Person als [illegible] Falle der Aus[illegible] Prozeß [illegible] des Nachfolgers (wer [illegible] als Nachfolger Be[illegible] weil er es [illegible] wenn er es ist. Ist der [illegible] der Vollmacht des Erblassers [illegible] Eingeführten. Er [illegible] mit seiner Ver[illegible][28].

Wird das Urteil vor Einführung des Rechtsnachfolgers erlassen, so ergeht es auf den Namen des [illegible][27] und wirkt kraft der fortdauernden [illegible] aber auch nur gegen den, der Rechtsnachfolger ist.

Wird es aber nach Einführung eines angeblichen Rechtsnachfolgers getroffen, so wird es auf den Namen der **neuen** Partei erlassen. Es wirkt **nur** gegen sie und kann von ihr noch mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden, wenn sie nicht der Rechtsnachfolger ist, es sei denn, daß sie selbst dem alten Bevollmächtigten Vollmacht zu **ihrer** Vertretung gegeben hat.

d) Beachtet man dies alles, so erscheint die sehr streitige Bedeutung des § 86 ² im richtigen Lichte; aber es zeigt sich zugleich, daß der ihm zugrunde liegende Rechtsgedanke weiter wirken muß, als sein Wortlaut reicht.

Der § 86 ² verlangt, daß der Bevollmächtigte, wenn er **nach Aussetzung** des Prozesses für den **Nachfolger** im Rechtsstreit auftritt, eine Vollmacht desselben beizubringen hat.

α) Der Grund hierfür ist nicht, daß die alte Vollmacht **erloschen**

[25]) Vgl. RG. 46 S. 379 und weitere Zitate der Judikatur über Einzelfragen bei Stonietzki-Gelpcke, Erl. 4 zu § 86.

[26]) Dieser springende Punkt wird in dem Streite über den Sinn des § 86 ² übersehen.

[26a]) Tritt ein Pseudosukzessor auf (persönlich oder durch den bisherigen Bevollmächtigten), so entsteht eine eigentümliche, in der Lehre von der Sukzession in das Prozeßverhältnis näher zu besprechende Prozeßfigur. In dem Streit, der dann mit dem verus heres entsteht, vertritt der alte Bevollmächtigte den falsus heres, wenn er diesen eingeführt hat, gegen den verus heres.

[27]) Daß dies zulässig ist, ergibt sich zweifellos aus § 249 III. Dafür auch Frank, ZZP. 13 209.

wäre,[28]) sondern lediglich der, daß nun auf den Namen einer bestimmten Person als des angeblichen Rechtsnachfolgers prozessiert wird. Das ist nur zulässig und das Gericht darf sich nur darauf einlassen, wenn der Vertreter die Vertretungsmacht für diese bestimmte Person besitzt. Um im Namen des wirklichen Nachfolgers zu prozessieren, bedürfte der alte Bevollmächtigte keiner neuen Vollmacht, wohl aber bedarf er derselben, um die neue Partei in den Prozeß einzuführen.[29]) Er bedarf ihrer nicht nur, wenn das Verfahren ausgesetzt ist[30]) — nur diesen Fall regelt das Gesetz (§ 86 ^{2}) ausdrücklich —, sondern ganz ebenso, wenn er in dem ohne Stillstand weiterlaufenden Verfahren die neue Partei einführt.

Damit harmoniert es auch, daß der Gegner, wenn er wegen Verzögerung der Aufnahme des ausgesetzten Verfahrens (§ 239 $^{II, V}$) seinerseits tätig wird, den Schriftsatz (§ 239 ^{III}) der von ihm als Nachfolger in Anspruch genommenen Partei selbst, neben ihr aber auch (trotz der Aussetzung!) dem alten Bevollmächtigten zustellen lassen muß.[31])

β) Stets ist erforderlich, daß der Vertreter sich als von dem angeblichen Rechtsnachfolger bevollmächtigt bezeichnet.[32]) Die „Beibringung" der neuen Vollmacht geschieht durch Vorlegung der Urkunde (nach § 80). Im

---

[28]) Das Gegenteil sagt Satz 1 des § 86 (man beachte die Verbindung mit Satz 2 durch „jedoch") und § 246 $^{II, 2}$. Erlöschen der Vollmacht (durch die Aussetzung) nehmen an: Wach I 586, Hupka, Vollmacht 383, Weismann I § 25 ^{8}, RG. 50 S. 341 (vgl. auch Seuff. Arch. 50 Nr. 123), Skonietzki-Gelpcke, Erl. 6, Petersen-Anger, Erl. 1 zu § 86. Dagegen Planck I 231/2, Seuffert, Erl. 2a, Struckmann-Koch, Erl. 2, Gaupp-Stein, Erl. II zu § 86. Die hier vertretene Mittelmeinung führt im wesentlichen (vgl. aber Note 29) zu demselben praktischen Resultat, wie die erste Ansicht. Vgl. u. Note 36.

[29]) Nach GKG. § 26 Nr. 4 wird nur eine Gebühr von $^{5}/_{10}$ erhoben, wenn der Akt ausschließlich die Aufnahme des Verfahrens betrifft, und ebenso erhält der Anwalt dann nur $^{5}/_{10}$ (GebO. f. RA. § 20). Führt der alte Anwalt den Prozeß weiter, so erhält er diese Gebühr nicht, wenn es zum Urteil kommt. Anders müßte es (namentlich wegen seiner Prozeßgebühr) sein, wenn die alte Vollmacht erloschen wäre. Aber diese und seine auf Grund derselben zu entfaltende Tätigkeit sind einfach die Fortsetzung seiner bisherigen Tätigkeit. Neu ist nur die Vollmacht zur Einführung der neuen Partei als des Rechtsnachfolgers.

[30]) Der Gegner hat in der Befugnis, die Aussetzung zu beantragen (§ 246 $^{I, 2}$), die (einzige) Möglichkeit, das Hervortreten der neuen Partei zu erzwingen, damit das Urteil sogleich auf ihren Namen gestellt und die Weitläufigkeit der §§ 727, 731 vermieden wird. So erklärt sich auch, weshalb der Gegner in den Fällen unter 1 (S. 464) jene Befugnis nicht hat.

[31]) Ersteres sagt § 246 $^{II, 1}$ durch das Zitat des § 239 (Absatz 3), letzteres der § 246 $^{II, 2}$. Die Motive rechtfertigen die Notwendigkeit der Zustellung an den alten Bevollmächtigten damit, daß dieser meist beibehalten werde. Es folgt aber einfach aus der Fortdauer der Vollmacht (§ 86 ^{1}) und aus § 176. — Im Anwaltsprozesse muß der Gegner die Partei auffordern, einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt zu bestellen (§ 246 $^{II, 1}$ und § 239 ^{III} mit § 215). Das bedeutet sachlich nichts anderes, als die Aufforderung, entweder dem bisherigen Anwalt die Vollmacht dazu zu geben, daß er sie als neue Partei bezeichne, oder unter Widerruf der alten Vollmacht einen neuen Anwalt gemäß § 87 (Anzeige an den Gegner!) zu bestellen.

[32]) Vgl. o. § 128 II, besonders bei Note 63. Dies gilt nicht nur dann, wenn er die Partei eingeführt hat, sondern auch dann, wenn der Gegner zur Aufnahme geladen hat und der Anwalt für den Rechtsnachfolger auftritt.

nächst ganz ohne Rücksicht auf den Tod weiter, und der Bevollmächtigte kann wie bisher alle Prozeßhandlungen vornehmen,[25]) ohne daß die neue Partei genannt wird. Die so vorgenommene Prozeßführung ist wirksam gegenüber demjenigen, der sich als die neue, bisher ungenannt gebliebene Partei herausstellen wird (a).

c) Die prozessuale Rechtslage verändert sich aber völlig,[26]) sobald der Bevollmächtigte als Vertreter einer bestimmten Person als des Nachfolgers auftritt, wozu er jederzeit berechtigt und im Falle der Aussetzung genötigt ist (§ 246 II). Damit führt er diese Person in den Prozeß ein; von nun an handelt er nicht mehr im Namen des Nachfolgers (wer es auch sein mag), sondern im Namen des von ihm als Nachfolger Bezeichneten (**weil** er es sei, nicht etwa nur dann, **wenn** er es ist). Ist der Bezeichnete es nicht, so hat der Vertreter kraft der Vollmacht des Erblassers auch keine Vertretungsmacht für den von ihm als Partei Eingeführten. Er kann sie nur dadurch haben, daß der Pseudosukzessor ihn mit seiner Vertretung betraut.[26a])

Wird das Urteil vor Einführung des Rechtsnachfolgers erlassen, so ergeht es auf den Namen des Gestorbenen[27]) und wirkt kraft der fortdauernden Vertretungsmacht schlechthin (aber auch nur) gegen den, der Rechtsnachfolger ist.

Wird es aber nach Einführung eines angeblichen Rechtsnachfolgers gesprochen, so wird es auf den Namen der neuen Partei erlassen. Es wirkt nur gegen sie und kann von ihr noch mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden, wenn sie nicht der Rechtsnachfolger ist, es sei denn, daß **sie** selbst dem alten Bevollmächtigten Vollmacht zu ihrer Vertretung gegeben hat.

d) Beachtet man dies alles, so erscheint die sehr streitige Bedeutung des § 86 ² im richtigen Lichte; aber es zeigt sich zugleich, daß der ihm zugrunde liegende Rechtsgedanke weiter wirken muß, als sein Wortlaut reicht.

Der § 86 ² verlangt, daß der Bevollmächtigte, wenn er nach Aussetzung des Prozesses für den Nachfolger im Rechtsstreit auftritt, eine Vollmacht desselben beizubringen hat.

α) Der Grund hierfür ist nicht, daß die alte Vollmacht erloschen

---

[25]) Vgl. RG. 46 S. 379 und weitere Zitate der Judikatur über Einzelfragen bei Skonietzki-Gelpcke, Erl. 4 zu § 86.

[26]) Dieser springende Punkt wird in dem Streite über den Sinn des § 86 ² übersehen.

[26a]) Tritt ein Pseudosukzessor auf (persönlich oder durch den bisherigen Bevollmächtigten), so entsteht eine eigentümliche, in der Lehre von der Sukzession in das Prozeßverhältnis näher zu besprechende Prozeßfigur. In dem Streit, der dann mit dem verus heres entsteht, vertritt der alte Bevollmächtigte den falsus heres, wenn er diesen eingeführt hat, gegen den verus heres.

[27]) Daß dies zulässig ist, ergibt sich zweifellos aus § 249 III. Dafür auch Frank, ZZP. 13 209.

wäre,[28]) sondern lediglich der, daß nun auf den Namen einer bestimmten Person als des angeblichen Rechtsnachfolgers prozessiert wird. Das ist nur zulässig und das Gericht darf sich nur darauf einlassen, wenn der Vertreter die Vertretungsmacht für diese bestimmte Person besitzt. Um im Namen des wirklichen Nachfolgers zu prozessieren, bedürfte der alte Bevollmächtigte keiner neuen Vollmacht, wohl aber bedarf er derselben, um die neue Partei in den Prozeß einzuführen.[29]) Er bedarf ihrer nicht nur, wenn das Verfahren ausgesetzt ist[30]) — nur diesen Fall regelt das Gesetz (§ 86^{3}) ausdrücklich —, sondern ganz ebenso, wenn er in dem ohne Stillstand weiterlaufenden Verfahren die neue Partei einführt.

Damit harmoniert es auch, daß der Gegner, wenn er wegen Verzögerung der Aufnahme des ausgesetzten Verfahrens (§ 239$^{\text{II, V}}$) seinerseits tätig wird, den Schriftsatz (§ 239^{III}) der von ihm als Nachfolger in Anspruch genommenen Partei selbst, neben ihr aber auch (trotz der Aussetzung!) dem alten Bevollmächtigten zustellen lassen muß.[31])

β) Stets ist erforderlich, daß der Vertreter sich als von dem angeblichen Rechtsnachfolger bevollmächtigt bezeichnet.[32]) Die „Beibringung" der neuen Vollmacht geschieht durch Vorlegung der Urkunde (nach § 80). Im

---

[28]) Das Gegenteil sagt Satz 1 des § 86 (man beachte die Verbindung mit Satz 2 durch „jedoch") und § 246$^{\text{II, 2}}$. Erlöschen der Vollmacht (durch die Aussetzung) nehmen an: Wach I 586, Hupka, Vollmacht 383, Weismann I § 25^{8}, RG. 50 S. 341 (vgl. auch Seuff. Arch. 50 Nr. 123), Skonietzki-Gelpcke, Erl. 6, Petersen-Anger, Erl. 1 zu § 86. Dagegen Planck I 231/2, Seuffert, Erl. 2a, Struckmann-Koch, Erl. 2, Gaupp-Stein, Erl. II zu § 86. Die hier vertretene Mittelmeinung führt im wesentlichen (vgl. aber Note 29) zu demselben praktischen Resultat, wie die erste Ansicht. Vgl. u. Note 36.

[29]) Nach GKG. § 26 Nr. 4 wird nur eine Gebühr von $^{5}/_{10}$ erhoben, wenn der Akt ausschließlich die Aufnahme des Verfahrens betrifft, und ebenso erhält der Anwalt dann nur $^{5}/_{10}$ (GebO. f. RA. § 20). Führt der alte Anwalt den Prozeß weiter, so erhält er diese Gebühr nicht, wenn es zum Urteil kommt. Anders müßte es (namentlich wegen seiner Prozeßgebühr) sein, wenn die alte Vollmacht erloschen wäre. Aber diese und seine auf Grund derselben zu entfaltende Tätigkeit sind einfach die Fortsetzung seiner bisherigen Tätigkeit. Neu ist nur die Vollmacht zur Einführung der neuen Partei als des Rechtsnachfolgers.

[30]) Der Gegner hat in der Befugnis, die Aussetzung zu beantragen (§ 246$^{\text{I, 2}}$), die (einzige) Möglichkeit, das Hervortreten der neuen Partei zu erzwingen, damit das Urteil sogleich auf ihren Namen gestellt und die Weitläufigkeit der §§ 727, 731 vermieden wird. So erklärt sich auch, weshalb der Gegner in den Fällen unter 1 (S. 464) jene Befugnis nicht hat.

[31]) Ersteres sagt § 246$^{\text{II, 1}}$ durch das Zitat des § 239 (Absatz 3), letzteres der § 246$^{\text{II, 2}}$. Die Motive rechtfertigen die Notwendigkeit der Zustellung an den alten Bevollmächtigten damit, daß dieser meist beibehalten werde. Es folgt aber einfach aus der Fortdauer der Vollmacht (§ 86^{1}) und aus § 176. — Im Anwaltsprozesse muß der Gegner die Partei auffordern, einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt zu bestellen (§ 246$^{\text{II, 1}}$ und § 239^{III} mit § 215). Das bedeutet sachlich nichts anderes, als die Aufforderung, entweder dem bisherigen Anwalt die Vollmacht dazu zu geben, daß er sie als neue Partei bezeichne, oder unter Widerruf der alten Vollmacht einen neuen Anwalt gemäß § 87 (Anzeige an den Gegner!) zu bestellen.

[32]) Vgl. o. § 128 II, besonders bei Note 63. Dies gilt nicht nur dann, wenn er die Partei eingeführt hat, sondern auch dann, wenn der Gegner zur Aufnahme geladen hat und der Anwalt für den Rechtsnachfolger auftritt.

Parteiprozesse ist sie von Amts wegen, im Anwaltsprozesse nur auf Verlangen des Gegners zu fordern (§ 88).

γ) Legt der Vertreter die Vollmacht nicht vor, so wird sie als fehlend behandelt,[33]) und es treten die entsprechenden Folgen (o. § 129 I) ein.

aa) War der Prozeß ausgesetzt (§ 246 I, 2) und nimmt der Vertreter ihn im Namen des angeblichen Rechtsnachfolgers auf, so gilt er nicht als legitimiert, im Namen dieser Partei zu handeln. Seine Aufnahmeerklärung kann also nicht dazu führen, daß der Stillstand des Verfahrens aufhört. Die Situation ist hinsichtlich der Aufnahme analog derjenigen, die eintritt, wenn ein Nicht-Legitimierter die Klage erhoben hat. Wie in diesem Falle Prozeßabweisung (unter Verurteilung des falsus procurator in die Prozeßkosten) durch Endurteil auszusprechen ist, so ist in unserem Falle sein Aufnahmegesuch gemäß § 252 durch Beschluß abzuweisen (der Stillstand also als fortdauernd zu bezeichnen) und er selbst in die durch das Gesuch verursachten Kosten[34]) zu verurteilen. — Ein Versäumnisurteil gegen den angeblichen Rechtsnachfolger kann natürlich nicht ergehen, da ja der Stillstand des Prozesses noch nicht beseitigt ist. Dies ist nur dann möglich,

bb) wenn der Gegner den Aufnahmeschriftsatz dem angeblichen Rechtsnachfolger und dem alten Bevollmächtigten zugestellt hat. Tritt nun der letztere auf, ohne sich gehörig zu legitimieren (β), so ist er selbst zurückzuweisen und der Geladene als säumig zu behandeln.[35]) Das nun erlassene Urteil braucht nur dem Rechtsnachfolger zugestellt zu werden. Dies gilt auch dann, wenn der alte Bevollmächtigte gar nicht versucht hat, als Vertreter zu handeln.[36])

cc) Führt der Bevollmächtigte im nicht ausgesetzten Verfahren den Rechtsnachfolger als von ihm vertreten ein, so ist seine Legitimation nach dem unter β Gesagten zu prüfen, im Anwaltsprozesse also nur auf Rüge des Gegners. Legitimiert er sich nicht gehörig, so ist er in bezug auf die Einführung der neuen Partei zurückzuweisen. Der Gegner kann nun Aussetzung verlangen. Wird diese nicht beantragt und steht der Bevollmächtigte von seinem Versuch ab, so daß der Rechtsnachfolger wieder ungenannt bleibt, so kann er den Prozeß fortsetzen.

e) Für die Vollmacht zu einzelnen Prozeßhandlungen treffen die Gründe, die den § 86 ² notwendig machen, nicht zu. Trotz jener Vollmacht tritt durch den Tod die Unterbrechung des Prozesses ein (§ 239). Die Aufnahme geschieht durch den Rechtsnachfolger oder gegenüber diesem selbst. Ist sie geschehen, so kann der Bevollmächtigte, wenn der Inhalt seiner Vollmacht entsprechend ist, nunmehr im Namen des Nachfolgers auftreten, ohne einer neuen Vollmacht zu bedürfen.[37])

3. Analog (zu 2) zu beurteilende Fälle.

Das Fortbestehen der Vollmacht ist im Gesetze in § 86 ¹ für den Fall des Todes ausgesprochen. Der Grund, weshalb der Erbe in das Ver-

---

[33]) Einstweilige Zulassung ist möglich nach § 89, vgl. o. § 129 II.

[34]) GKG. § 26 I Nr. 4. — Vgl. o. § 129 I.

[35]) Es gilt der § 239 IV. Die Situation ist im übrigen der o. S. 423 unter 2 b besprochenen gleich.

[36]) So auch RG. 50 S. 339 f., dem ich im Ergebnis, nicht in der Begründung zustimme. Vgl. o. Note 28 (Planck und seine Anhänger fordern Zustellung auch an den alten Bevollmächtigten).

[37]) Im Ergebnis übereinstimmend Planck I 232[41]. Vgl. o. Note 13.

tretungsverhältnis sukzediert, ist darin zu suchen, daß er Nachfolger im Rechtsstreit wird. Wer in diesen kraft Gesetzes sukzediert,[38]) auf den erstreckt sich auch das Vertretungsverhältnis. Dieser im Gesetz (an anderen Stellen) nur für einzelne Fälle angewendete Grundsatz gilt:

a) bei einem Wegfall der Partei, der in anderer Weise als durch den Tod herbeigeführt wird, also bei dem Erlöschen einer juristischen Person; so auch dann, wenn die Aneignung (BGB. § 928) stattfindet, nachdem ein Prozeß gegen die mit der Aufgabe des Eigentums an einem Grundstück entstehende Vermögensmasse anhängig geworden ist;[39])

b) wenn der Pfleger einer Leibesfrucht über ihr künftiges Recht einen Prozeß begonnen hat und die Geburt vor dessen Beendigung erfolgt;[40])

c) wenn während des Prozesses die (auch bei Lebzeiten mögliche) Lehens- oder Fideikommißnachfolge oder die Nacherbfolge eintritt. Ausgesprochen ist der Übergang der Vertretungsmacht bezüglich des Nacherben dadurch, daß in § 246 I bestimmt ist, daß der Prozeß des Vorerben, soweit der Nacherbe in diesen sukzediert, keine Unterbrechung erleidet.[41]) Für die anderen Fälle ergibt sich das gleiche im Wege der Analogie;

d) endlich auch dann, wenn infolge des Eintritts einer separatio bonorum ein selbständiges Sondervermögen entsteht, dessen Verwalter den Prozeß fortzuführen hat. Ausgesprochen ist der Übergang der Vertretungsmacht auch hier nur für einen einzelnen Fall, nämlich für die Nachlaßverwaltung, indem hier die regelmäßig eintretende Unterbrechung (§ 241 II) ausbleibt, wenn ein vom Erben bestellter oder beibehaltener Prozeßvertreter vorhanden ist.[42]) Der Grund für diese Fortdauer der Vertretungsbefugnis ist der, daß der Nachlaßverwalter (in Verwaltung eines selbständigen Sondervermögens) hinsichtlich des Verwaltungsrechts als ein Rechtsnachfolger des Erben aufzufassen ist.[43]) — Ganz entsprechend ist die Vertretungsfrage zu beurteilen, wenn bei Aufhebung der Nachlaßverwaltung ein Prozeß noch schwebt. Partei wird jetzt der Erbe, zu dem das Verwaltungsrecht zurückkehrt. Das Vorhandensein eines Prozeßbevollmächtigten hindert die Unterbrechung des Prozesses, die sonst eintreten würde.

Für andere Fälle der separatio bonorum sind die gleichen Grund-

---

[38]) Hierüber ist erst später ausführlicher zu handeln, aber die Konsequenzen für die Vollmachtslehre können hier nicht übergangen werden.

[39]) ZPO. § 58, s. o. § 124 I, 3.

[40]) Vgl. o. Bd. 1 § 43 I.

[41]) A. M. Seuffert zu § 246. Aber der Grund für das Ausbleiben der Unterbrechung kann nur in der Fortdauer der Vertretungsmacht (für den Rechtsnachfolger) liegen.

[42]) § 246 I, vgl. Note 41.

[43]) Zutreffend wendet auch das RG. 53 S. 10 den Begriff der Rechtsnachfolge auf das Verhältnis von Konkursverwalter und Gemeinschuldner hinsichtlich des Verwaltungsrechts an, vgl. o. S. 317 f.

sätze im Wege der Analogie zu folgern, so z. B. im Falle des § 2129 BGB.[44]) Sie gelten auch im Konkursfalle.

Durch die Konkurseröffnung erlischt die privatrechtliche Vollmacht gemäß § 23 KO. (o. § 132), aber dieses Erlöschen tritt lediglich auf Grund des § 168 BGB. ein, der für das Prozeßrecht nicht gilt, also auch nicht für unseren Fall. Die Prozeßvollmacht erlischt also nicht.[45]) Aber trotzdem tritt aus spezifisch konkursrechtlichen Gründen eine Unterbrechung des Verfahrens ein (§ 240).

α) Die Vollmacht dauert fort für den Gemeinschuldner. Gelingt es dem Bevollmächtigten, trotz der Unterbrechung, die durch die Konkurseröffnung eingetreten ist, den Prozeß fortzusetzen, so kann der Gemeinschuldner seine Prozeßführung nicht etwa aus dem Grunde beanstanden, daß er die Vertretungsmacht verloren habe.[46]) Von Bedeutung wird die Fortdauer der Befugnis zur Vertretung des Gemeinschuldners, wenn der anhängige Aktivprozeß gemäß § 10 II KO. oder der eine Konkursforderung betreffende Prozeß gemäß § 144 II KO. durch bzw. gegen den Gemeinschuldner aufgenommen werden soll. Die Zustellung des Schriftsatzes kann durch den Prozeßbevollmächtigten geschehen und muß gemäß § 176 ZPO. an ihn geschehen.[47]) Einer neuen Vollmacht bedarf es in diesem Falle nicht, da ein Parteiwechsel nicht eingetreten ist.

β) Nach dem ermittelten Prinzip gilt die Prozeßvollmacht auch für den Konkursverwalter. Um das nach § 240 unterbrochene Verfahren fortzusetzen, bedarf es aber **stets einer Aufnahme** (KO. §§ 10, 11, 146 III, IV). Der Aufnahmeschriftsatz muß, wenn die Aufnahme gegenüber dem Verwalter geschieht, diesem und dem bisherigen Prozeßbevollmächtigten zugestellt werden.[48]) Die Aufnahme des Verwalters kann durch den alten Prozeßbevollmächtigten geschehen, jedoch muß er eine neue Vollmacht vorlegen.[49])

---

[44]) Anders ist die Rechtslage, wenn für das Subjekt eines Vermögens ein Pfleger (curator personae) bestellt wird. Dann tritt keine Änderung in der Parteirolle ein.

[45]) A. M. Jäger, Anm. 8 zu § 23 gegen Petersen-Kleinfeller, Anm. 4 zu § 23 KO. Dagegen o. § 132 III, 2.

[46]) Für die Konkursmasse hat die Prozeßführung, die der Prozeßbevollmächtigte im Namen des Gemeinschuldners vorgenommen hat, deshalb keine Bedeutung, weil für die Masse nur diejenige Prozeßführung in Betracht kommt, die im Namen der Masse (des Verwalters) geschieht. Daß ein Parteiwechsel eintritt, erkennt die neuere Judikatur des RG., die den Verwalter als Partei betrachtet, an (vgl. z. B. Bd. 52 S. 334). Anders die ältere Judikatur, die den Verwalter noch als Vertreter des Gemeinschuldners betrachtete.

[47]) Zustellung an den Gemeinschuldner selbst ist hier im Gegensatz zu § 246 II, 2 nicht nötig, da § 239 III, 1 nicht für entsprechend anwendbar erklärt ist.

[48]) Dies ergibt sich aus der Analogie der in § 246 II bezüglich der Nachlaßverwaltung enthaltenen Vorschrift und wird für den speziellen Fall des § 10 I KO. durch die Verweisung auf § 239 ZPO. bestätigt, die in der Hauptsache den Zweck hat, den Fall zu regeln, daß der Verwalter von seinem Ablehnungsrecht keinen Gebrauch macht (vgl. ZPO. § 239 IV).

γ) Eine Bevollmächtigung, die der Verwalter vorgenommen oder bestätigt hat, wirkt nach Beendigung des Konkurses Vertretungsmacht für den Gemeinschuldner, soweit auf diesen der anhängige Prozeß übergeht. Deshalb hindert das Vorhandensein des Prozeßbevollmächtigten auch die Unterbrechung des Verfahrens. Er bedarf aber einer neuen Vollmacht.

IV. Die **Folge** des Erlöschens der Vollmacht ist lediglich, daß die Prozeßhandlungen, die durch oder gegen den Vertreter geschehen, von nun an keine Wirkung gegenüber der früher vertretenen Partei haben. Es gelten die Grundsätze über vollmachtsloses Handeln.

Durch das Erlöschen der Vollmacht tritt eine Unterbrechung des Prozesses nur dann ein, wenn im Anwaltsprozeß der Bevollmächtigte stirbt oder wenn die Ausübung seiner Vollmacht ruht, weil er die Vertretungsfähigkeit verliert (§ 244). Sonst aber läuft der Prozeß weiter. Es ist Sache der Partei, nun selbst zu handeln oder einen neuen Bevollmächtigten zu bestellen, wenn sie die Versäumnisfolgen vermeiden will. Zu beachten ist, daß im Anwaltsprozesse die Vollmacht nur unter gleichzeitiger Bestellung eines neuen Anwalts widerrufen werden kann (§ 87).

§ 134.

4. Beistände. Ausführung der Parteirechte.*)

I. Das Gesetz bezeichnet den Beistand als eine Person, mit der im Parteiprozesse[1]) die Partei erscheint und deren Erklärungen als von der Partei vorgetragen gelten, insoweit sie nicht von dieser sofort widerrufen oder berichtigt werden (§ 90). Er kommt also nur für die mündliche Verhandlung oder für einen Sühne- oder Beweisaufnahmetermin in Betracht. Schriftsätze können von einer Hilfsperson aufgesetzt, aber nicht von ihr als „Beistand" eingereicht oder zugestellt werden. Das ist nur möglich durch „Bevollmächtigte". Die Hilfe, die der Konzipient leistet, fällt nicht unter den Begriff der Beistandschaft des Gesetzes. Vollzieht die Partei oder ihr Vertreter den von einem anderen aufgesetzten Schriftsatz, hat diese Beihilfe nach außen (für die Prozeßführung) keine Bedeutung.

---

[40]) Vgl. oben S. 468. (In der alten Vollmacht ist diese Befugnis nicht enthalten.) Dem Anwalt wird bis zur Rüge des Gegners geglaubt, daß er die behauptete Vollmacht vom Verwalter erhalten habe (§ 88 II).

*) ZPO. § 90. RAO. §§ 26, 27, 101. Wach I § 53, Planck I § 49 mit § 35 (Geschichte).

[1]) Auch bei denjenigen Verhandlungen, die zum Anwaltsprozesse gehören, aber vom Anwaltszwange befreit sind (§ 78 II). Zurückweisbar ist der Beistand im Sühnetermin des § 610. — Der § 157 (o. § 119) bezieht sich auch auf Beistände.

sätze im Wege der Analogie zu folgern, so z. B. im Falle des § 2129 BGB.[44]) Sie gelten auch im Konkursfalle.

Durch die Konkurseröffnung erlischt die privatrechtliche Vollmacht gemäß § 23 KO. (o. § 132), aber dieses Erlöschen tritt lediglich auf Grund des § 168 BGB. ein, der für das Prozeßrecht nicht gilt, also auch nicht für unseren Fall. Die Prozeßvollmacht erlischt also nicht.[45]) Aber trotzdem tritt aus spezifisch konkursrechtlichen Gründen eine Unterbrechung des Verfahrens ein (§ 240).

α) Die Vollmacht dauert fort für den Gemeinschuldner. Gelingt es dem Bevollmächtigten, trotz der Unterbrechung, die durch die Konkurseröffnung eingetreten ist, den Prozeß fortzusetzen, so kann der Gemeinschuldner seine Prozeßführung nicht etwa aus dem Grunde beanstanden, daß er die Vertretungsmacht verloren habe.[46]) Von Bedeutung wird die Fortdauer der Befugnis zur Vertretung des Gemeinschuldners, wenn der anhängige Aktivprozeß gemäß § 10^{II} KO. oder der eine Konkursforderung betreffende Prozeß gemäß § 144^{II} KO. durch bzw. gegen den Gemeinschuldner aufgenommen werden soll. Die Zustellung des Schriftsatzes kann durch den Prozeßbevollmächtigten geschehen und muß gemäß § 176 ZPO. an ihn geschehen.[47]) Einer neuen Vollmacht bedarf es in diesem Falle nicht, da ein Parteiwechsel nicht eingetreten ist.

β) Nach dem ermittelten Prinzip gilt die Prozeßvollmacht auch für den Konkursverwalter. Um das nach § 240 unterbrochene Verfahren fortzusetzen, bedarf es aber **stets einer Aufnahme** (KO. §§ 10, 11, 146$^{III, IV}$). Der Aufnahmeschriftsatz muß, wenn die Aufnahme gegenüber dem Verwalter geschieht, diesem und dem bisherigen Prozeßbevollmächtigten zugestellt werden.[48]) Die Aufnahme des Verwalters kann durch den alten Prozeßbevollmächtigten geschehen, jedoch muß er eine neue Vollmacht vorlegen.[49])

---

[44]) Anders ist die Rechtslage, wenn für das Subjekt eines Vermögens ein Pfleger (curator personae) bestellt wird. Dann tritt keine Änderung in der Parteirolle ein.

[45]) A. M. Jäger, Anm. 8 zu § 23 gegen Petersen-Kleinfeller, Anm. 4 zu § 23 KO. Dagegen o. § 132 III, 2.

[46]) Für die Konkursmasse hat die Prozeßführung, die der Prozeßbevollmächtigte im Namen des Gemeinschuldners vorgenommen hat, deshalb keine Bedeutung, weil für die Masse nur diejenige Prozeßführung in Betracht kommt, die im Namen der Masse (des Verwalters) geschieht. Daß ein Parteiwechsel eintritt, erkennt die neuere Judikatur des RG., die den Verwalter als Partei betrachtet, an (vgl. z. B. Bd. 52 S. 334). Anders die ältere Judikatur, die den Verwalter noch als Vertreter des Gemeinschuldners betrachtete.

[47]) Zustellung an den Gemeinschuldner selbst ist hier im Gegensatz zu § 246$^{II, 2}$ nicht nötig, da § 239$^{III, 1}$ nicht für entsprechend anwendbar erklärt ist.

[48]) Dies ergibt sich aus der Analogie der in § 246^{II} bezüglich der Nachlaßverwaltung enthaltenen Vorschrift und wird für den speziellen Fall des § 10^{I} KO. durch die Verweisung auf § 239 ZPO. bestätigt, die in der Hauptsache den Zweck hat, den Fall zu regeln, daß der Verwalter von seinem Ablehnungsrecht keinen Gebrauch macht (vgl. ZPO. § 239^{IV}).

γ) Eine Bevollmächtigung, die der Verwalter vorgenommen oder bestätigt hat, wirkt nach Beendigung des Konkurses Vertretungsmacht für den Gemeinschuldner, soweit auf diesen der anhängige Prozeß übergeht. Deshalb hindert das Vorhandensein des Prozeßbevollmächtigten auch die Unterbrechung des Verfahrens. Er bedarf aber einer neuen Vollmacht.

IV. Die **Folge** des Erlöschens der Vollmacht ist lediglich, daß die Prozeßhandlungen, die durch oder gegen den Vertreter geschehen, von nun an keine Wirkung gegenüber der früher vertretenen Partei haben. Es gelten die Grundsätze über vollmachtsloses Handeln.

Durch das Erlöschen der Vollmacht tritt eine Unterbrechung des Prozesses nur dann ein, wenn im Anwaltsprozeß der Bevollmächtigte stirbt oder wenn die Ausübung seiner Vollmacht ruht, weil er die Vertretungsfähigkeit verliert (§ 244). Sonst aber läuft der Prozeß weiter. Es ist Sache der Partei, nun selbst zu handeln oder einen neuen Bevollmächtigten zu bestellen, wenn sie die Versäumnisfolgen vermeiden will. Zu beachten ist, daß im Anwaltsprozesse die Vollmacht nur unter gleichzeitiger Bestellung eines neuen Anwalts widerrufen werden kann (§ 87).

§ 134.

4. Beistände. Ausführung der Parteirechte.*)

I. Das Gesetz bezeichnet den Beistand als eine Person, mit der im Parteiprozesse[1]) die Partei erscheint und deren Erklärungen als von der Partei vorgetragen gelten, insoweit sie nicht von dieser sofort widerrufen oder berichtigt werden (§ 90). Er kommt also nur für die mündliche Verhandlung oder für einen Sühne- oder Beweisaufnahmetermin in Betracht. Schriftsätze können von einer Hilfsperson aufgesetzt, aber nicht von ihr als „Beistand" eingereicht oder zugestellt werden. Das ist nur möglich durch „Bevollmächtigte". Die Hilfe, die der Konzipient leistet, fällt nicht unter den Begriff der Beistandschaft des Gesetzes. Vollzieht die Partei oder ihr Vertreter den von einem anderen aufgesetzten Schriftsatz, hat diese Beihilfe nach außen (für die Prozeßführung) keine Bedeutung.

---

[49]) Vgl. oben S. 468. (In der alten Vollmacht ist diese Befugnis nicht enthalten.) Dem Anwalt wird bis zur Rüge des Gegners geglaubt, daß er die behauptete Vollmacht vom Verwalter erhalten habe (§ 88 II).

*) ZPO. § 90. RAO. §§ 26, 27, 101. Wach I § 53, Planck I § 49 mit § 35 (Geschichte).

[1]) Auch bei denjenigen Verhandlungen, die zum Anwaltsprozesse gehören, aber vom Anwaltszwange befreit sind (§ 78 II). Zurückweisbar ist der Beistand im Sühnetermin des § 610. — Der § 157 (o. § 119) bezieht sich auch auf Beistände.

— Beistandsfähig ist jede prozeßfähige Person, aber auch nur eine solche (§ 90 I). Der Anwalt ist es schlechthin, solange er Anwalt ist.[2])

1. Die Partei darf in der Verhandlung auch mit einem Bevollmächtigten erscheinen. Ihre Gegenwart kann also unmöglich ein Merkmal dafür sein, daß der hinzugezogene Dritte ein „Beistand" sei.

Ein deutliches Kennzeichen würden wir haben, wenn der Beistand darauf beschränkt wäre, über das Vorbringen der Partei Ausführungen zu machen.[3]) Aber ein solcher Unterschied in dem Inhalt der von der Mittelsperson abzugebenden Erklärungen kennzeichnet nach heutigem Rechte den Beistand des Parteiprozesses keineswegs. Vielmehr steht dem Beistand die gesamte, in der Verhandlung zu betätigende Prozeßführung ebenso zu, wie einem Bevollmächtigten. Auch neben diesem kann im Parteiprozesse die Partei beliebig in die Verhandlung eingreifen.[4])

2. Der Bevollmächtigte erhält die Vertretungsmacht durch Erklärung vor Gericht bzw. durch Anzeige an den Gegner. Die Erklärung ist Ermächtigung; sie kann direkt oder durch Vermittlung des Vertreters geschehen. Auch der Beistand bedarf einer Ermächtigung. Sie kann nur dadurch geschehen, daß die Partei sie vor Gericht persönlich erklärt, indem sie ihn als Beistand vorstellt.[5]) Da zweifellos in dieser Weise auch der Bevollmächtigte bestellt werden kann,[6]) so kann in der Art der Bestellung ein begrifflicher Unterschied ebenfalls nicht gefunden werden.

3. Ein solcher liegt **lediglich** in folgendem.

a) Der Bevollmächtigte handelt mit voller Macht im Namen der Partei (als Prozeßbevollmächtigter im ganzen Prozesse, als Bevollmächtigter für die mündliche Verhandlung nur in dieser). Seine Handlungen sind sofort und ohne weiteres für die Partei bindend, soweit nicht das Gesetz eine Ausnahme macht. In weitreichendem Maße ist dies geschehen. Sogar im Anwaltsprozesse kann die miterschienene Partei alle tatsächlichen Erklärungen sofort widerrufen.[7])

b) Die Zuziehung des Beistandes bewirkt nach heutigem Rechte ebenfalls, daß die von ihm vorgenommenen Prozeßhandlungen (das „Vorgetragene") direkt und ausschließlich für und gegen die Partei wirken, aber

---

[2]) RAO. § 26, vgl. dazu o. § 86 S. 130.

[3]) RAO. § 27 II nennt dies die „Ausführung der Parteirechte" und unterscheidet sie scharf von der Vertretung. Vgl. näher u. II.

[4]) Hierüber und über die Beschränkung, die die Postulationsfähigkeit im Anwaltsprozesse erleidet, vgl. näher o. S. 449 f.

[5]) Im Leben bezeichnet man den rechtsverständigen Bevollmächtigten vielfach als Rechtsbeistand. Aus dem Worte „Beistand" kann also nicht unbedingt darauf geschlossen werden, daß der so Bezeichnete die Sonderstellung haben soll, die die ZPO. mit dem Worte kennzeichnet. Tritt für die nicht erschienene Partei ein Dritter unter Vorlegung einer Urkunde auf, in der er als Beistand für den Prozeß bezeichnet ist, so zweifle ich nicht, daß man darin eine Bevollmächtigung im technischen Sinne finden muß.

[6]) Vgl. hierüber näher o. S. 415.

[7]) § 85 [2]. Vgl. o. S. 450.

ausnahmslos nur unter der Bedingung, daß die Partei „nicht sofort widerruft oder berichtigt“ (§ 90 II). In der Unterlassung des Widerrufs wird ja in der Regel eine stillschweigende Billigung liegen. Aber das Gesetz verlangt keine Genehmigung, sondern begnügt sich schlechthin mit dem Unterbleiben des Widerrufs der anwesenden Partei.[8]) Widerruf ist Beseitigung einer Rechtswirkung. Genehmigung erzeugt eine solche; Unterlassung der Genehmigung ist Verhinderung ihres Eintritts. Wer die Genehmigung verweigert, widerruft nicht. Der Beistand ist mehr als der vollmachtslose Vertreter, dessen Handlungen allerdings genehmigt werden müssen. Der Beistand ist bereits vor seinem Tätigwerden zum Handeln (im Namen der Partei) durch seine Vorstellung als Beistand ermächtigt.

Hiernach unterscheidet sich die Beistandsermächtigung von der Ermächtigung, die den Dritten zum Bevollmächtigten macht, nur dadurch, daß

α) erstere in Beziehung auf den äußeren Umfang nicht so weit reichen kann, als die Vollmachtserteilung: sie gibt nur die Ermächtigung für die mündliche Verhandlung, nur für eigene Handlungen,[9]) nur für diejenige Verhandlung, in der der Beistand neben der Partei steht.[10])

β) Die Kraft der Ermächtigung ist bei der Zuziehung als Beistand geringer: die Partei behält in Beziehung auf alle seine Erklärungen die Befugnis zum sofortigen freien Widerruf (also auch bei Anträgen und Verfügungen), während sie gegenüber dem Bevollmächtigten diese Befugnis nur bezüglich seiner „tatsächlichen Erklärungen“ hat.[11])

Im übrigen ist zwischen dem Stellvertreter und dem heutigen Beistand kein Unterschied. Man kann den Beistand zutreffend bezeichnen als den Vertreter der anwesenden Partei, dem gegenüber das freie Widerrufsrecht generell ist. Als nicht zutreffend erscheint es, wenn man den Beistand nur als „Stellvertreter in der Erklärung“ bezeichnet.[12]) Wer nur die Erklärung eines anderen übermittelt, muß diese

---

[8]) Voluntatis quaestio ist ausgeschlossen. Hat die Partei nicht „sofort“ (vgl. hierüber o. S. 453) widerrufen, so kann sie die definitive Wirkung, die sich an das nicht widerrufene Vorbringen anknüpft, nicht deshalb beseitigen, weil sie es nicht gehört, also nicht genehmigt habe.

[9]) Gegensatz: passive Vertretung. Zustellungen müssen an die Partei erfolgen. Die §§ 176/9 bleiben beim Beistand außer Betracht.

[10]) Natürlich kann die Partei den Beistand jederzeit zum Bevollmächtigten machen. Dies liegt (auch ohne Gebrauch des Wortes „Vollmacht“) darin, daß sie sich entfernt mit der Erklärung, daß der Beistand die Verhandlung fortführen solle. Ist diese Erklärung an das Gericht gerichtet, so ist alles in Ordnung. Ist sie nur an den Beistand gerichtet, so findet § 80 Anwendung (o. S. 416 f.).

[11]) § 85², s. o. § 131 II (S. 450 f.).

[12]) So Wach I 563 bei Note 17, 605 bei Note 1. Planck I 241 sagt bei Note 13: „Das vom Beistand Vorgetragene gilt als von der Partei vorgetragen, ohne daß es, wie ehemals, ihrerseits einer ausdrücklichen Genehmigung bedarf.“ In Note 13 wird bei ihm die Fiktion des Gesetzes, die sich doch nur auf die rechtliche Wirkung bezieht, als Wahrheit genommen: „Die Prozeßhandlungen des Beistandes werden

VII. Der Nebenintervenient.*)

§ 135.

1. Das Interventionsrecht.

I. Nebenintervenient ist ein Dritter, der einer der beiden Parteien (der „Hauptpartei“)[1]) beitritt, um sie zur Wahrung eigenen Interesses in der Prozeßführung zu unterstützen. Hauptintervenient ist ein Dritter, der gegen die beiden Parteien eines Prozesses eine Klage erhebt, um in einem selbständigen zweiten Prozesse seine Behauptung, daß ihm bezüglich des Gegenstandes des Erstprozesses ein ausschließliches Recht zustehe, zur Anerkennung zu bringen (§ 64). Das Gesetz behandelt beide Arten von Intervention unter der Titelüberschrift „Beteiligung Dritter am Rechtsstreite“. Eine solche „Beteiligung“ liegt aber nach heutigem Rechte nur in der Nebenintervention.[2])

Die Hauptintervention (früher: prinzipale Intervention) ist dem römischen Rechte unbekannt. Die Nebenintervention (früher: akzessorische Intervention) hat ihre Wurzeln im römischen Recht. Der Ausdruck: intervenire (dazwischentreten) wird in den Quellen vielfach gebraucht, sowohl als materiellrechtlicher, wie als prozessualer Begriff. In der zweiten Beziehung bezeichnet er aber keineswegs[3]) die heutige Nebenintervention, sondern die Übernahme des Prozesses an Stelle eines anderen,[4]) so bei Gai. IV, 87 und in l. 10 § 13 D. 2, 4, l. 33 § 5, l. 40 § 4 D. 3, 3, l. 17 § 2 D. 39, 2, l. 3 § 1, l. 5 § 3 D. 46, 7, l. 11 § 2 D. 47, 10. In der l. 4 § 4 D. 49, 1 und in l. 63 D. 42, 1, auf die Wetzell sich beruft, bedeutet das me (creditore) interveniente nicht mehr, als me sciente (nämlich infolge dessen, daß ich dabei war).[5]) Kommt das Wort intervenire im heutigen Sinne der Intervention nicht vor, so haben die Römer doch schon in klassischer Zeit es gekannt, daß ein Dritter, cuius interest, sich an der Prozeßführung beteiligen (causae adesse), selbständig appellieren und causam appellationis agere potest. So wird diese Befugnis

---

*) Wetzell § 7 (dort Angaben über die gemeinrechtliche Literatur), Wach I §§ 54f., Hellmann 225f., Schmidt § 157, Kohler, Enzykl. 2 86f., Weismann I § 111, Kleinfeller § 43. — Schultze, ZZP. 2 20f., Francke, Die Nebenparteien der D. ZPO. (1882), v. Canstein, ZZP. 8 217f., Petersen, ZZP. 24 305f., Francke, ZZP. 27 295f., Kisch bei Grünhut 26 315f., Walsmann, Die streitgen. NJ. (1905). — Kommentare zu §§ 66f. — Österr. R.: ZPO. §§ 17—20. Skedl I 358f., Pollak I § 24, v. Canstein, Das Zivilprozeßrecht (3) I 422f., 434f.

[1]) Manche gebrauchen dafür den Ausdruck: Intervent (!).

[2]) Die Hauptintervention wird im 3. Kapitel dargestellt.

[3]) Wie Wetzell 50[18] behauptet. — Wach 613[2] beruft sich für die Behauptung, daß die Römer mit dem Worte intervenire die Nebenintervention bezeichnen, außer auf l. 4 § 4 D. 49, 1 (s. den folgenden Text) auf die l. 5 D. 49, 1. Allein hier bezeichnet das intervenire des fideiussor die materiellrechtliche Verbürgung.

[4]) Als procurator (cognitor), defensor, tutor, actor municipum.

[5]) Vgl. l. 5 D. 40, 14 (ignorante ist der Gegensatz zu interveniente). l. 1 § 36 D. 16, 3, l. 19 D. 23, 4. Vgl. näher Hellwig, Rechtskr. § 67 (bes. S. 500). Ebenso Walsmann (Note *) 19[27], dessen Bemerkungen über die l. 63 D. 42, 1 mir im übrigen nicht ganz verständlich sind (eine Art Hauptintervention im pr. der Stelle?).

auf Grund eines Reskripts von Antoninus Pius den Legataren in Beziehung auf den zwischen dem gesetzlichen Erben und dem heres scriptus schwebenden Querelstreit zugeschrieben,[6]) ferner dem dominus litis in dem Prozesse, den auf seine Rechnung der procurator (cognitor) führt,[7]) dem Rechtsnachfolger (Eigentümer), wenn sein auctor (der Verkäufer, der fiduziarisch Übereignende) sich trotz der Veräußerung noch als das Subjekt des streitigen Eigentums ausgegeben und mit Zustimmung des Rechtsnachfolgers de proprietate prozessiert hat,[8]) dem Vater in dem Prozesse, in dem sein Sohn ex libertinitate in ingenuitatem se defendebat,[9]) dem Legatar, wenn ihm eine res litigiosa vermacht war.[10]) Die Litisdenunziation an den Verkäufer führte ursprünglich sicher und später wohl in aller Regel nicht zur akzessorischen Teilnahme am Prozesse, sondern dazu, daß der zur Defension geladene Verkäufer den Prozeß an Stelle des Käufers (als dessen defensor) begann.[11])

Über die Stellung des intervenierenden Dritten geben die Quellen geringen Aufschluß. Aber daraus, daß der Legatar in den Inoffiziositätsstreit des heres legitimus und scriptus gerade zum Schutze gegen ihre Kollusion eingreifen kann,[12]) ergibt sich sicher, daß der Intervenient in der Prozeßführung selbständig war (nach Art des heutigen streitgenössischen Intervenienten). Auch das ist klar, daß er eine andere Stellung hat, als der Geschäftsherr (dominus litis), für den ein procurator (cognitor) prozessiert. Letzterer erzielt zwar ein Urteil über ein ihm fremdes Rechtsverhältnis,[13]) aber es ergeht auf seinen Namen. Der Intervenient kann durch

---

[6]) Die Stellen, welche dem Legatar die Appellationsbefugnis geben (l. 5 § 1, l. 14 D. 49, 1, l. 29 pr. D. 5, 2) sprechen zweifellos nur von dem Querelstreit. Seine Eigentümlichkeit besteht darin, daß der Ausspruch, testamentum inofficiosum esse, konstitutive Wirkung hat. Er enthält eine rescissio testamenti (l. 8 § 16 D. 5, 2), patrem intestatum facit (l. 6 § 1, l. 17 pr. D. 5, 2). Seine Wirkung ist nicht Feststellung eines bereits vor dem Urteil vorhandenen Rechtszustandes (wie dies der Fall ist, wenn es sich wie in l. 1 D. 44, 2 um den Streit über die Frage handelt, ob das Testament ruptum vel irritum aut non iustum sit), sondern Vernichtung des Testaments mit rückwirkender Kraft (l. 21 § 2 D. 5, 2 = BGB. § 2344). Diese Vernichtung wirkt inter omnes (ius facit, l. 17 § 1 D. 5, 2, l. 14 D. 49, 1). Sie bewirkt, daß libertates ipso iure non valent nec legata debentur (l. 8 § 16 D. 5, 2), daß die libertates revocantur (l. 8 § 17 D. 5, 2), daß der heres legitimus „debitores convenire et ipse a debitoribus conveniri potest" (l. 15 § 2 D. 5, 2). Von solchen Querelurteilen sind auch die l. 50 § 1 D. 30, l. 3 pr. D. 20, 1 und die neuerdings von Krüger, Z. der Sav.St., rom. Abt. 24 193f. erörterte l. 29 § 1 D. 40, 7 zu verstehen, nicht aber von Urteilen, die einen Ausspruch über die (ursprüngliche) Richtigkeit des Testaments enthalten, mag der Streit zwischen dem Testaments- und Intestaterben oder zwischen einem der Bedachten und dem Erben geführt sein (von diesen beiden Fällen spricht die l. 1 D. 44, 2). Wäre diese Ansicht (neuestens Walsmann 6—8) richtig, so müßte auch das Urteil im Streite der Intestaterben gegenüber Legataren und Gläubigern Rechtskraft machen, ein Satz, der nicht richtig und nirgends in den Quellen bezeugt ist.

[7]) l. 69 D. 3, 3, l. 4 § 2 D. 49, 1. In diesen Stellen kommt die Parteistellung des procurator zum deutlichen Ausdruck, vgl. o. S. 364/5.

[8]) l. 4 § 3 (zweiter Fall) und § 4 D. 49, 1, die denselben Tatbestand behandeln, wie die l. 63 D. 42, 1 und die l. 29 § 1 D. 44, 2 (Hellwig, Rechtskraft § 67, bes. S. 499, 500). [9]) l. 2 § 2 D. 49, 4.

[10]) Nov. 112 c. 1 (mit der bezeichnenden Wendung, daß der legatarius die Befugnis hat, litis participem fieri).

[11]) l. 21 § 2, l. 62 § 1, l. 66 § 2 D. 21, 2, l. 49 pr. D. 5, 1 (statt denuntiatus ist natürlich zu lesen: in ius vocatus). Andere Stellen beziehen sich auf die Fälle, wo die Denunziation nach der litiscontestatio geschah und den Verkäufer nicht zum defensor (procurator, Partei, Note 7) machte (z. B. l. 29 § 2 D. 21, 2). Vgl. hierüber Rabel, Haftung 1 15f., W. Stintzing, Über die mancipatio (1904) 35f.

[12]) l. 5 § 1, l. 14 D. 49, 1, l. 29 pr. D. 5, 2.

[13]) S. o. S. 364/5, bes. Note 13.

seine Prozeßführung nur einen Einfluß auf das Urteil gewinnen, welches auf den Namen der von ihm unterstützten Partei erlassen wird.

Die weitere Entwicklung und Ausgestaltung erhielt das Institut der Nebenintervention erst in der italienischen und besonders in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis und in den neueren Gesetzgebungen.[14] Namentlich beruht erst auf diesen die scharfe Scheidung in der Stellung des Intervenienten, je nachdem er einfacher Gehilfe oder als Streitgenosse zu behandeln ist, ebenso die feste Abgrenzung von Haupt- und Nebenintervention.

II. Interventionsmöglichkeit und Interventionsrecht.

Zur Nebenintervention ist **berechtigt** ein solcher Dritter, der „ein rechtliches Interesse daran hat, daß in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreite die eine Partei obsiege" (§ 66).

1. Wie jedermann die **Möglichkeit** hat, mit einem Klaggesuch als Partei aufzutreten und die Prüfung und Aburteilung seines Rechtsschutzgesuchs zu verlangen, wie aber **klagberechtigt** nur derjenige ist, bei dem die Voraussetzungen gegeben sind, von denen das Gesetz die Gewährung der Verurteilung, Feststellung oder Rechtsänderung abhängig macht,[15]) so hat auch jedermann die **Möglichkeit**, in einem anhängigen Prozesse seinen Beitritt als Nebenintervenient zu erklären. Aber **berechtigt**[16]) **zum Beitritt** ist nur ein solcher Dritter, zu dessen Gunsten die Interventionsvoraussetzungen vorhanden sind. Nur ein **solcher** Intervenient hat das **Recht** dazu, im Prozesse auch gegen den Willen der Parteien als Nebenintervenient tätig zu werden und dadurch auf den Inhalt des Urteils einzuwirken. Interveniert ein nicht zur Intervention berechtigter Dritter, so wird er auf Antrag einer der Parteien zurückgewiesen (u. § 136 III). Das Interventions**recht** ist ein vom Gesetz nur bei einer bestimmten Gestaltung der konkreten Rechtslage gewährtes prozessuales Recht und insofern der **Art** nach dem Klagrecht (in dem Sinne, in dem der Ausdruck in diesem Buche gebraucht wird) an die Seite zu stellen. **Inhaltlich** ist es von dem Klagrecht verschieden (u. § 137 IV).

Das Interventionsrecht ist nicht das Recht, die **Vertretung** der Partei zu übernehmen.

2. **Allgemeine** Interventionsvoraussetzung ist die Parteifähigkeit des Intervenienten. Wer diese besitzt, ist auch fähig, das Interventionsrecht zu haben.[17]) Besteht das Interventionsinteresse mit Rücksicht auf ein solches Rechtsverhältnis, dessen Verwaltung seinem Subjekte entzogen und einem Verwalter übertragen ist, so steht auch ausschließlich **diesem** das Interventionsrecht zu, so z. B. dem Konkursverwalter (der Masse), wenn der

---

14) Hierüber neuestens Walsmann 21—52. 15) Vgl. o. § 65 S. 9 f.

16) Dies meint das Gesetz in § 66 („**kann** . . . beitreten") mit dem „kann", ebenso wie in den Wendungen „**kann** klagen", vgl. o. S. 10.

17) So auch die offene Handelsgesellschaft, die Konkursmasse und alle anderen parteifähigen Gebilde.

Mieter einer zur Masse gehörigen Sache auf Herausgabe verklagt ist und mit Rücksicht auf die Rechtsstellung des Vermieters interveniert werden soll.[18]) In einem solchen Falle würde ja der beklagte Mieter auch die Benennung des Rechtsurhebers (§§ 76/7) nicht an den Gemeinschuldner, sondern an den Verwalter zu richten haben; ebenso würde nur dieser zur Übernahme des Prozesses (§ 76 III) befugt sein. Auch im Falle des § 75 wäre nur der Verwalter zur Nebenintervention befugt, wenn die streitige Forderung zur Konkursmasse gehört.

Die Prozeßfähigkeit des Intervenienten ist nicht Interventionsvoraussetzung, sondern nur Voraussetzung dafür, daß der Intervenient selbst die Interventionshandlungen vornimmt.[19])

3. Die besondere Interventionsvoraussetzung (der Interventionsgrund)[20]) ist das Interesse an dem Obsiege der zu unterstützenden Hauptpartei (III).

III. Die besonderen Interventionsvoraussetzungen.

1. Es muß bereits ein Rechtsstreit anhängig[21]) sein, und er muß noch anhängig sein. In der Zwischenzeit ist die Nebenintervention „in jeder Lage des Rechtsstreits" zulässig (§ 66 II), auch wenn sich der Beklagte noch nicht auf die Klage eingelassen hat, und auch noch in der Revisionsinstanz. Als Intervenient kann ein Dritter ebensowenig die Klage erheben,[22]) wie als solcher die Zustellung der Klage erhalten.

Ist der Rechtsstreit bereits beendet, so daß die zu unterstützende Partei selbst keine Prozeßhandlungen mehr vornehmen kann, so ist auch für die Nebenintervention kein Raum mehr.[23]) Dieser Zeitpunkt ist regelmäßig der Eintritt der Rechtskraft,[24]) und diesen Regelfall hat das Gesetz in § 66 II im Auge.[25]) Aber eine Intervention kann auch dann schon keine Bedeutung für das zu erlassende Urteil mehr haben, wenn sie in der Zeit zwischen dem Schluß der Verhandlung und der Verkündigung des Urteils geschieht und dieses damit rechtskräftig wird. Anderseits ist sie noch von Bedeutung, wenn und soweit die Möglichkeit besteht, das rechtskräftige Urteil anzufechten. Das gilt nicht nur für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, sondern auch für die Wiederaufnahme des Verfahrens, obwohl hier die Anfechtung durch Erhebung einer Klage geschieht. Zulässig ist nicht nur, daß der Dritte interveniert, nachdem die Hauptpartei die Restitutions- oder Nichtigkeitsklage erhoben hat,

---

[18]) Deshalb rückt der Verwalter auch in die Stellung des Intervenienten ein, wenn der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung beigetreten war (u. § 136 a. E.).

[19]) Also Prozeßvoraussetzung, s. u. § 136 II.

[20]) Er ist mit dem Rechtsschutzgrund (unter den prozessualen Klagvoraussetzungen) zu vergleichen, s. o. S. 17 ε.

[21]) Die Rechtshängigkeit wird durch einen Mangel in den Prozeßvoraussetzungen nicht gehindert (o. § 68 S. 22 f.). Im Schiedsverfahren gilt § 66 nicht.

[22]) Dagegen ist es zulässig, daß die Nebenintervention gleichzeitig mit der Klagerhebung und durch denselben Schriftsatz erfolgt, vgl. z. B. o. S. 308 nach Note 50.

[23]) Ist das Duell beendigt, so kann nicht mehr sekundiert werden.

[24]) Die Vorbehaltsurteile beendigen den Prozeß noch nicht, auch wenn sie als solche rechtskräftig sind.

[25]) Die Vorschrift des § 66 II will nur sagen, daß der Nebenintervenient nicht mehr Befugnisse haben kann, als die Hauptpartei (= § 67 I).

sondern diese können auch von dem Interventionsberechtigten selbst erhoben werden.[26]) Denn diese Klagen eröffnen nur formell ein neues Verfahren, sachlich sind sie nichts anderes, als außerordentliche Mittel zur Anfechtung des ergangenen Urteils, und bezüglich unserer Frage[27]) nicht anders als die (ordentlichen) Rechtsmittel und der (in § 66 II ebenfalls nicht erwähnte) Einspruch zu behandeln. Diese können aber von dem Interventionsberechtigten auch so eingelegt werden, daß er sich gleichzeitig als Nebenintervenient anschließt (§ 66 II).

Die Nebenintervention ist nur zulässig, um die Hauptpartei zum Zwecke des „Obsiegs" zu „unterstützen", also nur im Entscheidungsverfahren. Nicht nötig ist, daß dieses gerade durch Klage eingeleitet ist. Die Nebenintervention ist statthaft auch im Mahnverfahren,[28]) im Aufgebotsverfahren,[29]) in dem Verfahren zwecks Erlangung oder Verhinderung oder Aufhebung eines Arrestbefehls.[30])

Kein Raum ist für die Nebenintervention bei der Betreibung der Zwangsvollstreckung, wohl aber in den Entscheidungsverfahren, die durch die Vorbereitung, durch den Verlauf oder zwecks Abwendung der Vollstreckung veranlaßt werden.[31])

2. Nur in einem Rechtsstreite „zwischen anderen Personen" (§ 66 I) kann man intervenieren. Man kann nicht zugleich Partei und sein eigener Nebenintervenient sein; man kann nicht sich selbst unterstützen. So ist es unzulässig, daß eine (prozeßfähige) Person, die durch einen Pfleger vertreten wird,[32]) als Intervenient auftritt; ist für den Minderjährigen gemäß § 57 II ein besonderer Prozeßvertreter bestellt, so kann der Vormund einen (zweiten) Bevollmächtigten für den Beklagten bestellen, aber er kann nicht intervenieren.

Bei der Durchführung dieses Prinzips werden die früher erörterten Streitfragen über Parteifähigkeit und Parteistellung von großer Bedeutung.

a) In den Fällen der offenen Prozeßstandschaft[33]) ist das Subjekt des Rechtsverhältnisses nicht Partei, also interventionsfähig,[34]) ebenso in den Fällen nach Art

---

[26]) Vgl. näher Hellwig, Rechtskr. § 26. Zustimmend Seuffert, Erl. 2a zu § 66, a. M. Gaupp-Stein (9), Erl. IIa, Skonietzki-Gelpcke, Erl. 6 zu § 66, obwohl sie zugeben, daß § 66 II ausdehnend auszulegen ist.

[27]) Anders ist es bei der Hauptintervention.

[28]) Es ist auch zuläſſig, daß die Erhebung des Widerspruchs (§ 694) oder des Einspruchs (§ 700) durch den Nebenintervenienten des Schuldners erfolgt.

[29]) Die Anfechtungsklage gegen das Ausschlußurteil (§ 957) kann durch einen Nebenintervenienten nicht erhoben werden, weil er hierdurch erst die bestimmte Person in den Rechtsstreit einführen würde, wohl aber kann er im Widerspruchsprozesse beitreten.

[30]) Francke, Nebenparteien 3 f. verneint dies, weil das Arrestverfahren im 8. Buche (Vollstreckung) stehe. Mit Recht wird diese Ansicht allgemein verworfen.

[31]) Bezüglich der Anhangs- und Widerspruchsklagen (o. S. 437) ist dies allgemein anerkannt (Wach I 631, Gaupp-Stein, Erl. IIa zu § 66).

[32]) § 53 (o. S. 329 f.).

[33]) Vgl. die Zusammenstellung o. S. 307[43] u. S. 362 f.

[34]) So schon das römische Recht (o. Note 7). — Die Frage, ob das Interventionsinteresse vorhanden ist, wird damit, daß wir den Dritten als interventionsfähig bezeichnen, noch nicht bejaht.

des § 407 II BGB., in denen die zu unterstützende Partei sich fälschlich als das Subjekt des abzuurteilenden Rechtsverhältnisses ausgegeben hat und kraft guten Glaubens des Gegners oder kraft Zustimmung mit Wirkung gegen das wahre Subjekt prozessiert.[35])

b) Da sie nicht Partei sind, sind interventionsfähig: die Mitglieder der juristischen Personen in deren Prozessen, ebenso aber auch die Subjekte der selbständigen Sondervermögen in den Prozessen, die ihr Verwalter führt,[36]) so z. B. die Gesellschafter im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft,[37]) der Gemeinschuldner und die Konkursgläubiger in allen Prozessen des Konkursverwalters, da er weder jenen noch diese vertritt,[38]) der Erbe im Prozesse des Nachlaßpflegers (Verwalters) oder Testamentsvollstreckers usw.[39])

Aus dem aufgestellten Grundsatze folgt, daß die Intervention erlischt, wenn der Intervenient durch Beerbung, Übernahme des Prozesses (z. B. nach § 76 oder § 265 II, 2 oder § 266) oder aus sonstigen Gründen selbst Partei des Hauptprozesses wird.[40])

3. Der Intervenient muß ein „rechtliches Interesse" an dem Obsiege haben. Erst dieses Interesse macht den Dritten, der nach dem Ausgeführten interventionsfähig ist, interventionsberechtigt.

Die Nebenintervention bietet das Mittel, um durch Teilnahme an dem Prozesse die Entscheidung zu beeinflussen (u. § 137). Der Prozeßzweck ist die Ermittlung der wahren Rechtslage und die Fällung einer ihr entsprechenden Entscheidung. Aber es besteht die Gefahr, daß infolge unvollständiger Vorlegung des Prozeßmaterials oder aus anderen Gründen eine unrichtige Entscheidung gefällt werde. Die Nebenintervention soll dem Dritten das Mittel bieten, um an der Verhütung eines solchen ungerechten Ergebnisses des Prozesses mitzuarbeiten. Da jedoch die Einmischung eines Dritten leicht eine Störung oder doch Verzögerung des Prozeßgangs herbeiführen kann,

---

35) S. o. S. 308 Nr. 3 u. Bd. 1 §§ 54/6. — Ebenso gibt l. 4 § 4 D. 49, 1 hier schon die Appellationsbefugnis (o. Note 8).

36) Vgl. darüber o. S. 304 f. und Bd. 1 §§ 44 7.

37) So auch die Judikatur des RG. 17 S. 365, 34 S. 361 (trotz des o. in Bd. 1 § 47 III, 2 bezeichneten abweichenden Standpunktes) und die ganz überwiegende Meinung. A. M. (von seinem Standpunkte aus konsequent) Wach I 530, 630/1. — Ebenso sind interventionsfähig die Mitglieder des nicht rechtsfähigen Vereins im Vereinsprozesse (§ 50 II), nicht aber der einzelne Gesellschafter oder der Miterbe im Prozesse, den die sämtlichen Gesellschafter oder Miterben führen. (Anders im Falle BGB. § 2039.) A. M. Seuffert, Erl. 2 b zu § 66, der im Prozesse jeder Gemeinschaft zur gesamten Hand jeden einzelnen Gemeinschafter als interventionsfähig betrachtet.

38) RG. 28 S. 422 f. verneint die Zulässigkeit der Intervention des Gemeinschuldners nur wegen Mangels des Interesses (vgl. u. Note 70). Ebenso Skonietzki-Gelpcke, Erl. 1 b zu § 66. Für Möglichkeit der Intervention: Seuffert, Erl. 2 b, Gaupp-Stein (9), Erl. II b; dagegen Bunsen, ZZP. 26 263, Lippmann, Jher. Jahrb. 41 171.

39) Zu denselben Ergebnissen gelangt man bezüglich unserer Frage, wenn man die Verwalter als Partei kraft Amtes bezeichnet.

40) Gaupp-Stein (9), Erl. II a. E. meint, daß die Nebenintervention auch dadurch unzulässig werde, daß der Dritte die Hauptintervention erhebt und die Prozesse verbunden werden. Das wäre nur dann richtig, wenn dadurch der Erstprozeß erlöschen würde, was aber keineswegs der Fall ist (arg. § 65).

so ist sie nicht jedem Dritten gestattet, sondern nur einem solchen, bei dem sie wegen seiner **besonderen** Rechtslage als gerechtfertigt erscheint. Dies bedeutet es, wenn das Gesetz das Interventionsrecht von einem „rechtlichen Interesse" abhängig macht.

Zur Wahrung des allgemeinen (öffentlichen) Interesses an der Verhütung unrichtiger Entscheidungen ist die Staatsanwaltschaft berufen, jedoch nicht allgemein, sondern nur in Ausnahmsfällen (Ehesachen); ihre Stellung steht in dieser Beziehung nicht unter den Vorschriften über die Nebenintervention, aber sie ist ein Seitenstück zu ihr (o. S. 366 III). Verwandtschaftliche, freundschaftliche Interessen, Rücksichten auf die Standes- oder Berufsgemeinschaft oder auf den gemeinnützigen Zweck eines Unternehmens berechtigen nicht zur Intervention. Ebenso nicht das Interesse, welches ich an der Anerkennung einer servitus altius non tollendi lediglich deshalb habe, weil ich als Nachbar die Aussicht mitgenieße.[41])

Das vom Gesetz geforderte „rechtliche" Interesse setzt voraus, daß der Dritte 1. zu den Parteien oder zu dem Prozeßgegenstande in einer konkreten Rechtsbeziehung steht und daß er 2. schon mit Rücksicht auf diese durch ein unrichtiges Urteil (schon durch seinen Inhalt oder erst durch seine Vollstreckung) benachteiligt oder doch gefährdet wird, durch ein richtiges Urteil aber hiervor bewahrt bleibt oder eine Erleichterung der Wahrnehmung der eigenen Rechte erfährt. Diese Einwirkung, welche das Interesse an dem Obsiege der zu unterstützenden Partei begründet und derentwegen der Schutz der Hauptpartei einen Selbstschutz für den Intervenienten bedeutet, kann auf Sätzen des Privatrechts oder auf Vorschriften des Prozeßrechts (z. B. über die Rechtskraft), des Strafrechts oder sonstigen Vorschriften des öffentlichen Rechts[42]) beruhen. Ob es vorhanden ist, ist vielfach Ermessensfrage. So herrscht denn auch in Judikatur und Literatur viel Streit und Zweifel.[43]) Die ZPO. selbst enthält mehrere Vorschriften, aus denen sich zahlreiche Situationen ergeben, in denen die Zulässigkeit der Nebenintervention zweifellos ist (Seite 483 7, a, b).

---

[41]) In solchen Fällen spricht man vielfach von einem nur tatsächlichen oder wirtschaftlichen Interesse.

[42]) Beispiele: Ehefeststellungsstreit — der Dritte will intervenieren, weil von der Gültigkeit der Ehe seine Staatsangehörigkeit abhängt. Besitzstreit, der Beklagte hat dem Dritten die Erlaubnis zum Betreten des Grundstücks gegeben — der Dritte will intervenieren, weil davon, ob der Beklagte der Besitzer ist, abhängt, ob er einen Hausfriedensbruch begangen hat. Auf Grund einer Bemerkung der Motive zu §§ 63—67 d. Entw. der ZPO. („ob der Fall eines solchen Interesses vorliegt, entscheidet das bürgerliche Recht") wird vielfach gelehrt, daß das Interesse ein privatrechtliches sein müsse. So auch Wach I 619 Nr. 4, Schmidt (1) 874, Seuffert, Erl. 3c i. A., Walsmann 129. Die Frage ist die gleiche, wie bei dem rechtlichen Interesse des § 256 (o. Bd. 1 § 57⁷ und die dort angef. Entscheidungen des RG.). Richtig Reincke, Erl. 2a zu § 66, Gaupp-Stein (9), Erl. IIIb (im Ergebnisse), Fitting § 76¹.

[43]) Das BGB. enthält keinerlei Vorschriften über Zulässigkeit der Nebenintervention. Partikularrechtliche Vorschriften können nur insoweit in Betracht kommen, als die Prozeßordnung ihnen Raum läßt. Denn die Frage, ob ein Interesse vorliegt, ist eine prozessuale. Aus dem Privatrecht können sich nur die Rechtsbeziehungen beurteilen, mit Rücksicht auf welche das Interesse behauptet wird. So mit Recht Wach I 617.

a) Aus § 69 ergibt sich, daß der Dritte intervenieren kann, wenn „nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts[44]) die Rechtskraft der in dem Hauptprozesse erlassenen (= zu erlassenden) Entscheidung auf das Rechtsverhältnis (d. h. im Verhältnisse) des Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist".

Die Wirkung des Urteils ist teils die Feststellungswirkung, teils konstitutive Wirkung.

α) Die Feststellungswirkung bedeutet, daß die Feststellung, welche in dem Urteile über das zur Aburteilung gestellte Rechtsverhältnis enthalten ist, bindet und in späteren Prozessen einer neuen Entscheidung über die entschiedene Frage unter Ausschluß jeder Nachprüfung zugrunde gelegt werden muß. In der Regel beschränkt sich diese Feststellungswirkung auf die Prozeßparteien. Die Ausnahmsfälle, in denen sie sich entgegen der Regel (ZPO. § 325 I) auf dritte Personen erstreckt, sind verschiedener Art.

aa) In der Regel liegt der Grund der Erstreckung darin, daß zwischen dem Intervenienten und der einen Prozeßpartei ein zivilistisches Abhängigkeitsverhältnis besteht.[45]) So ist es in den Fällen der Rechtsnachfolge, die während des Prozesses eingetreten ist (§ 265). Hat der Kläger gegen den Schuldner auf Zahlung geklagt und verpfändet er dann die Forderung dem C, so erstreckt sich die Rechtskraft der Klagabweisung auf den C (§ 325). Der Grund hierfür ist nicht ein Rechtsverhältnis des C zu dem Beklagten; sondern das Rechtsnachfolgerverhältnis zwischen C und dem Kläger gibt dem C das Recht, sich an dem Prozesse als Nebenintervenient des Klägers zu beteiligen, weil die Feststellung, daß der Kläger in **keinem** Rechtsverhältnis zu dem Beklagten steht, dem C in seinem Verhältnis zu dem Beklagten[46]) mit der Wirkung entgegensteht, daß auch er (C) ein solches nicht behaupten kann. Grund und Voraussetzung der Intervention ist hier also keineswegs ein Rechtsverhältnis des Intervenienten zu dem Gegner der von ihm zu unterstützenden Partei,[47]) sondern das Verhältnis zwischen dem Intervenienten und seiner Partei. Nicht anders ist es, wenn der künftige Nacherbe im Prozesse des Vorerben, der über das Eigentum an

---

[44]) Die maßgebenden Vorschriften stehen in der ZPO. (z. B. §§ 325 f., 629) und sind prozessual, obwohl die Voraussetzungen der Rechtskraftserstreckung sich vielfach nach bürgerlichem Recht bestimmen. Vgl. o. Bd. 1 § 9 bei Note 9, Hellwig, Rechtskr. 8 f. Die Ausdrucksweise des § 69 stammt aus einer Zeit, in der man die sog. materielle Rechtskraft als privatrechtlich betrachtete; sie steht im Widerspruch zu dem jetzigen Inhalt der ZPO. selbst und ist nur aus Versehen stehen geblieben. — Anders Mendelssohn, Grenzen 400.

[45]) Hellwig, Rechtskr. 56—63.

[46]) Dies bedeuten die Worte des § 69: „auf das Rechtsverhältnis". — Zwischen dem Rechtsvorgänger und dem Nachfolger schafft das Urteil keine Rechtskraft. (Vgl. Hellwig, Rechtskr. 142 f.) Die Interventionswirkung des § 68 (u. § 137 VI) ist keine Erstreckung der Rechtskraft (u. o. 513).

[47]) Dies verlangen Wach I 648, Gaupp-Stein (9), Erl. I zu § 69, Walsmann 147. Richtig Reincke, Erl. 1 Abs. 1 zu § 69.

einer beweglichen Sache prozessiert, ihm als Nebenintervenient zur Seite tritt. Er kann dies, weil ihn ein ungünstiges Urteil wegen des Abhängigkeitsverhältnisses, in dem er zu dem Vorerben steht, gegenüber dem siegreichen Gegner hindert, die Behauptung aufzustellen, daß er zur streitigen Sache oder wegen ihr zum Gegner in einem Rechtsverhältnis stehe.

In allen Fällen, in denen diese Rechtskraftserstreckung wegen eines solchen Abhängigkeitsverhältnisses [48]) eintritt, hat der in ihm stehende Dritte ohne weiteres das Interventionsrecht, da hier die unmittelbare Wirkung, die das Urteil auf die Rechtslage des Interventionslustigen üben wird, auf der Hand liegt. Gleichgültig ist, ob in einem künftigen Prozesse des Gegners mit dem Intervenienten die entschiedene Rechtsfrage den Prozeßgegenstand selbst bilden oder nur Vorfrage sein wird.

Die einzelnen hierher gehörigen Fälle können hier nur nach den Hauptgruppen angegeben werden. Aus dem bezeichneten Grunde können intervenieren 1. die Rechtsnachfolger in dem Prozesse, den ihr Rechtsvorgänger führt, wenn die Rechtsnachfolge nach Beginn der Rechtshängigkeit eingetreten ist und der zu unterstützende Rechtsvorgänger mit Wirkung gegenüber dem Nachfolger prozessiert (ZPO. §§ 325, 265 6, o. Bd. 1 § 52), 2. der Nacherbe im Prozesse des Vorerben, wenn das Urteil gegenüber dem Nacherben wirken wird (ZPO. § 326), 3. das Subjekt eines selbständigen Sondervermögens, wenn dessen Verwalter über ein Rechtsverhältnis desselben prozessiert und das Urteil gegenüber dem Subjekt wirkt, nachdem das Sondervermögen unter seine Verwaltung getreten sein wird (z. B. ZPO. § 327, vgl. Bd. 1 S. 311, 322,[49]) 4. der Berechtigte oder Verpflichtete in dem Prozesse, den die zu unterstützende Partei suo nomine, aber kraft eines ihr zustehenden Prozeßführungsrechts mit Wirkung für und gegen den Interventionslustigen führt,[50]) 5. die Fälle, in denen ein nicht zur Prozeßführung Berechtigter durch den guten Glauben des Gegners oder infolge Zustimmung die (bloße) Prozeßführungsmacht erlangt hat, z. B. BGB. §§ 407 II, 1058, 1344, 1435 (o. Bd. 1 §§ 54 6).[51])

bb) In Statussachen wirken auch bloße Feststellungsurteile für und gegen alle (ZPO. §§ 629, 643). Deshalb ist aber noch nicht jedermann zur Intervention befugt, sondern nur solche Dritte, die zu einer der Parteien in einem Rechtsverhältnisse stehen, welches durch ein unrichtiges Urteil nach-

[48]) Also nicht, wenn es in Aussicht steht, aber noch nicht eingetreten ist. So ist aus unserem Gesichtspunkte nicht interventionsberechtigt der eingesetzte Erbe im Prozesse des (künftigen) Erblassers, der Käufer in dem Prozesse, den der Verkäufer vor der Auflassung über das verkaufte Grundstück führt. Damit ist nicht gesagt, daß der Käufer nicht aus anderem Grunde intervenieren könnte. Vgl. u. bei und in Note 61.

[49]) Das Urteil gegen eine juristische Person macht nicht Rechtskraft gegen die Mitglieder. Sie können das Interventionsrecht also nur aus anderen Gründen ableiten. Vgl. z. B. GenossG. § 122 IV, Wach I 625.

[50]) Beispiele: BGB. §§ 1380 [2], 1401, 1405 (o. Bd. 1 S. 322 f., 330), § 1443 mit ZPO. § 740 (o. Bd. 1 S. 325, 329, 330), HGB. §§ 696 II, 761 II (Reeder, Bd. 1 S. 355), ZPO. § 76 IV (eingetretener auctor, Bd. 1 S. 336), BGB. § 1148 (eingetragener Nichteigentümer, Bd. 1 S. 336), BGB. § 409 (fälschliche Anzeige einer Abtretung) und ZPO. § 856 (mehrere Pfändungspfandgläubiger, o. Bd. 1 S. 327 Nr. 5, 6), alle Fälle, in denen durch Zustimmung ein volles Prozeßführungsrecht entsteht (Bd. 1 § 53).

[51]) Gemeinrechtlich wurde die Erstreckung der Rechtskraft in Fällen behauptet, in denen sie heute zweifellos nicht mehr stattfindet, vgl. z. B. Wach I 634 [33].

teilig beeinflußt werden würde. Daher können die Kinder in dem Ehefeststellungsprozesse intervenieren, ebenso ein solcher Dritter, dessen Rechtslage von der Gültigkeit der Ehe abhängt.

β) Konstitutive Urteile enthalten 1. die Feststellung des Rechts auf Rechtsänderung, 2. den Ausspruch der Rechtsänderung, die sich dann mit dem Eintritt der (formellen) Rechtskraft von selbst vollzieht. Diese Rechtsänderung wirkt für und gegen alle.[52]) Deshalb hat zwar nicht jeder Dritte, aber doch ein solcher das Interventionsrecht, dessen Rechtsverhältnisse durch die Vollziehung der Rechtsänderung eine nachteilige Veränderung erleiden.

So ist es nach römischem Rechte im Querelstreit bezüglich der Legatare, da die Vermächtnisse vor der Novelle 115 durch die rescissio testamenti hinfällig wurden. Darauf (nicht aber auf einer Erstreckung der Wirkung der Erbrechts*feststellung*) beruht gerade die *römische* Anerkennung der Interventionsbefugnis.[53]) Ganz ebenso steht diese heute nach § 69 ZPO. den Erbschaftsschuldnern und Nachlaßgläubigern im Prozesse des wegen *Erbunwürdigkeit* verklagten Erben zu. Wird der Erbschaftserwerb des Erben reszindiert (§ 2344), so erhalten sie einen anderen Gläubiger bzw. Schuldner. Wenn der Erbschaftsschuldner bereits gezahlt hat, so gerät er in die Gefahr, an den Erben, der an die Stelle des Erbunwürdigen tritt, nochmals zahlen zu müssen.[54]) In solchen Fällen liegt das Interesse an der Verhütung einer der wirklichen Rechtslage nicht entsprechenden Entscheidung auf der Hand.[55])

In allen Fällen dieser Art ist der Intervenient *streitgenössischer* Nebenintervenient (im Sinne des § 69 ZPO.).[56])

b) Ein weitere große Klasse von zweifellosen Interventionsfällen ergibt sich aus § 72 ZPO. Wo die *Streitverkündigung zulässig* ist, ist es auch die Nebenintervention, mag die Streitverkündigung erfolgt sein oder nicht. Denn diese ist das *spezifische*[57]) Mittel, um eine Nebenintervention

---

[52]) Vgl. z. B. BGB. §§ 1470, 1496, 1548 II, HGB. § 273, ZPO. § 976 III. S. o. Bd. 1 S. 48/9, 394 f., Rechtskraft 4 f. Die Feststellung des Rechts *auf* Rechtsänderung wirkt nur inter partes, falls nicht ein besonderer Grund für die Erstreckung vorliegt, wie z. B. in ZPO. §§ 629, 643.

[53]) Vgl. o. Note 6. Dies wird vielfach verkannt. So auch in den Motiven zu § 66 des Entw. und von Wach I 620, 627[38], Gaupp-Stein, Note 34 zu § 66 u. a. Über das heutige Recht der Vermächtnisnehmer s. u. S. 488.

[54]) Vor dieser Gefahr ist er geschützt, wenn der Erbunwürdige einen Erbschein hatte. Dann ist er definitiv befreit. Er ist nicht mehr Nachlaßschuldner und hat überhaupt kein Interventionsinteresse. Vgl. auch unten S. 521

[55]) Wach I 620 meint, die Gläubiger hätten kein berechtigtes Interesse daran, welcher Erbe ihnen als Schuldner gegenüberstehe. Für die Fälle, in denen der Erbe bereits unbeschränkbar haftbar geworden ist, trifft dies m. E. keinesfalls zu. Sogar die Schuldner können wegen Aufrechnung u. dgl. ein großes Interesse daran haben, zu wissen, wer ihr Gläubiger ist.

[56]) Hellwig, Anspr. u. Klagr. 481[00], zustimmend Seuffert, Erl. 2cγ zu § 66, Erl. 1 zu § 69. Verneinend Walsmann 140, da die konstitutive Wirkung keine Rechtskraftswirkung sei. Aber es handelt sich in beiden Fällen um die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils, und die Scheidung, die die richtige Lehre *heute* bei ihr macht, darf bei der Auslegung des § 69 ZPO. nicht zugrunde gelegt werden.

[57]) Daß sich auch andere Wirkungen an die Streitverkündigung anschließen *können*, kommt für unsere Frage nicht in Betracht.

herbeizuführen oder, falls sie unterbleibt, die Wirkungen eintreten zu lassen, als hätte der Dritte, dem der Streit verkündet ist, sich als Nebenintervenient angeschlossen.[58]) Die Streitverkündigung macht die Nebenintervention nicht zulässig, sondern setzt ihre Zulässigkeit (ohne Streitverkündigung) als etwas Selbstverständliches voraus. Deshalb kann intervenieren,

α) wer für den Fall des Unterliegens der Hauptpartei zu besorgen hat, daß diese gegen ihn einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung erheben wird,

β) oder wer in jenem Falle in die Lage kommt, einen Anspruch gegen sie zu erheben (§ 72), während er für den Fall des Sieges der Hauptpartei vor der Gefahr, in Anspruch genommen zu werden, bewahrt bleibt (α) bzw. es nicht nötig hat, gegen die Hauptpartei vorzugehen (β).

Beispiele für diese praktisch wichtigsten Interventionsfälle:

Zu α). **Es kann unterstützen:** der Hauptschuldner den regreßberechtigten Bürgen, um geltend zu machen, daß die Hauptschuld nicht besteht;[59]) der Verkäufer den Käufer, wenn dieser im Evitionsprozesse liegt oder die Sache weiterveräußert hat und wegen eines Mangels belangt ist, für welchen der Intervenient ihm haften würde, falls der Mangel vorhanden wäre;[59a]) der Versicherer den Versicherten, wenn dieser wegen eines Unfalls verklagt ist, wegen dessen der Versicherer zur Schadloshaltung verpflichtet ist, falls der Versicherte aus dem Unfall haftet.

Zu β). Hierher gehören alle die Fälle, in denen die zu unterstützende Partei den Prozeß auf Rechnung des Dritten führt, wie z. B. als Kommissionär, als Inkassomandatar, als Pfandgläubiger,[60]) als Verkäufer, wenn er vor Übereignung wegen Beschädigung oder Entziehung der Kaufsache klagt und der Käufer die Gefahr trägt.[61]) Das Interventionsinteresse beruht lediglich darauf, daß der Intervenient durch Teilnahme an dem Prozesse in der Lage ist, die Prozeßführung der Hauptpartei zu überwachen, seine Hilfe bei der Ermittlung des wahren Sachverhalts zu leisten und durch Herbeiführung einer richtigen Entscheidung den Weiterungen zu entgehen, die durch eine unrichtige Entscheidung (sei es durch sie allein, sei es durch ihre Vollstreckung) entstehen würden.

Ein Beispiel, in dem die Gesichtspunkte unter α und β zusammentreffen, bietet der in § 76 ZPO. geregelte Fall. Der Vermieter kann intervenieren (unter Ablehnung der Übernahme) sowohl deshalb, weil er, wenn dem Mieter die Sache abgestritten wird, den Regreß des Mieters zu besorgen hat, als auch deshalb, weil er Weiterungen wegen Wiedererlangung der Sache befürchten muß, wenn sie dem Mieter im Wege der Vollstreckung abgenommen oder von ihm freiwillig herausgegeben ist.

γ) Ist der Schuldner auf Leistung verklagt, so kann er einem Dritten deshalb den Streit verkünden, weil dieser die eingeklagte Forderung für sich in

---

[58]) § 74, vgl. u. § 139 I 2 b (S. 523).

[59]) Ebenso wegen BGB. § 426 auch der Gesamtschuldner im Prozesse des Gesamtschuldners.

[59a]) Haftet der Zedent dem Zessionar für das Bestehen der Forderung, so ist nicht abzusehen, weshalb ersterer nicht sollte intervenieren können, wenn der Zessionar die Forderung aufrechnungsweise geltend gemacht hat. So auch Seuffert, Erl. 2 d zu § 66.

[60]) Ausdrücklich bestätigend ZPO. § 841.

[61]) Trägt der Verkäufer die Gefahr, so ist er eventuell regreßpflichtig, weshalb dann der Käufer um so mehr ein Interventionsinteresse hat.

Anspruch nimmt (§ 75). Daraus geht zunächst hervor, daß dieser zur Nebenintervention befugt ist,[62] weiter aber, daß überhaupt der Dritte, der zur Hauptintervention befugt ist, der Partei des Erstprozesses zwecks Abwehr der (unberechtigten) Rechtsprätention des Gegners zur Seite treten kann.[63] An dieser Abwehr hat er ein Interesse, weil seine eigene Rechtsverfolgung erleichtert wird, wenn die unterstützte Partei von diesem Gegner befreit ist.[63a]

Gemeinsam ist den unter b (S. 485 f.) behandelten Fällen, daß eine Erstreckung der Rechtskraft, also eine direkte Wirkung auf das Verhältnis des Intervenienten zum Gegner, nicht in Frage kommt. Das Urteil wirkt nur zwischen den Prozeßparteien, es bindet den Dritten gegenüber dem Gegner nicht, und im Verhältnis zur Hauptpartei hat es hier noch weniger als in den oben S. 483/4 behandelten Fällen der Rechtsnachfolge Rechtskraftswirkung.[64] Der Ausfall des Prozesses hat für den interventionslustigen Dritten Bedeutung nur insofern, als er die äußeren Umstände (den Tatbestand)[65] verändert und dadurch das Verhältnis zwischen dem Dritten und der von ihm unterstützten oder zu unterstützenden Partei, indirekt unter Umständen auch sein Verhältnis zum Gegner beeinflußt.[66]

c) Dieser Gesichtspunkt der nachteiligen oder vorteilhaften Veränderung des die Rechtslage des Intervenienten bestimmenden Tatbestandes ermöglicht die richtige Beurteilung der großen Zahl von Fällen, die unter die zuvor bezeichneten, im Gesetz besonders geregelten Erscheinungen nicht oder nicht ganz fallen.[67]

Haftet ein Schuldner (z. B. der Erbe) beschränkt, so bewirkt die Verurteilung, daß die Vollstreckung möglich wird und die für die anderen Gläubiger in Betracht kommenden Haftungsobjekte sich vermindern; ja es wirkt sogar schon die rechtskräftige Verurteilung ebenso wie die Befriedigung (BGB. §§ 1991 III, 419 II). Der andere Gläubiger kann zwar den Erben haftbar machen, wenn er die ungerechte Ver-

---

[62]) Ob die besondere Gestaltung der Rechtslage, die sich an diese Intervention anknüpfen kann, eintreten wird, hängt von weiteren Umständen (Hinterlegung) ab.

[63]) So auch RG. 10 Nr. 123. [63a]) Vgl. o. Bd. 1 § 59 [16].

[64]) Vgl. Note 46. — So ist z. B. der Verkäufer, wenn dem Käufer die Sache evinziert ist, keineswegs an der Behauptung gehindert, daß er den Käufer zum Eigentümer gemacht habe und daß das Urteil unrichtig sei. Selbst der Umstand, daß er sich als Nebenintervenient beteiligt hat, schließt diese Behauptung nicht schlechthin (nach Rechtskraftsgrundsätzen) aus, sondern erschwert sie höchstens im Umfange des § 68 (unten § 137 S. 513/5).

[65]) Wach I 626 f. spricht hier von Tatbestandswirkung im Gegensatz zu der Rechtskraftswirkung (o. unter a) und stellt als dritten Interventionsgrund noch die Vollstreckungswirkung auf, für die er als Beispiel den Fall des § 76 ZPO. (o. vor γ) anführt (S. 630). Seuffert, Erl. 3 c γ operiert noch mit dem vor Wachs Darlegung üblichen Gesichtspunkt, daß das Urteil als nachteiliger „Beweisgrund" benutzt werden könnte. Dagegen neuestens Walsmann 140/1.

[66]) Wird z. B. dem Käufer die Sache nicht evinziert, so hat er keine Veranlassung, Evictionsregreß zu nehmen; braucht der Bürge nicht zu zahlen, so ist der angebliche Hauptschuldner vor der Gefahr bewahrt, vom Bürgen haftbar gemacht zu werden.

[67]) Vgl. zum folgenden außer Wach I 626 f. (o. Note 65) noch Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft 406 f., Hellwig, Rechtskr. 22 f.

urteilung verschuldete (§ 1978), aber er hat ein berechtigtes Interesse daran, es nicht erst zu ihr kommen zu lassen, und kann deshalb den Erben in der Zurückweisung unterstützen.[68]) Dazu ist der Nachlaßgläubiger — mag er Legatar oder ein anderer Gläubiger sein — auch dann befugt, wenn die Gefahr droht, daß dem verus heres durch einen anderen Erbprätendenten die Befriedigungsobjekte entzogen werden.

Wie bei beschränkter Haftung des Schuldners, so kann auch bei seiner persönlichen Haftung ein anderer Gläubiger ein Interesse daran haben, eine ungerechte Verurteilung zu verhüten, nämlich dann, wenn die Gefahr besteht, daß nach ihrer Vollstreckung der Intervenient keine Befriedigungsmittel mehr vorfindet. Das heißt natürlich nicht, daß jeder andere Gläubiger im Prozesse seines Schuldners intervenieren könnte, damit dessen Exekutionsobjekte vermehrt oder nicht vermindert würden. Aber sollte es Rechtens sein, daß der wirkliche Gläubiger es ruhig mit ansehen müßte, wenn der in schlechter Vermögenslage befindliche Schuldner sich auf die Klage eines Scheingläubigers verurteilen läßt? Sollte er darauf beschränkt sein, das Judikat wegen Simulation der Schuld anzufechten und die Pfändung und Beitreibung der Scheinschuld rückgängig zu machen?

Hat ein Gläubiger, um eine Schuld beizutreiben, einen gegen mehrere gerichteten Schuldtitel nötig (so z. B. der Gesellschaftsgläubiger gemäß ZPO. § 736, der Gläubiger der Ehefrau hinsichtlich des eingebrachten Gutes gemäß ZPO. § 739, der Gläubiger des Darlehnsempfängers und desjenigen, dem dieser den Nießbrauch an seinem ganzen Vermögen eingeräumt hat, gemäß ZPO. § 737), so ist der Mitschuldner gegen die Vollstreckung geschützt, wenn der Angriff gegen den verklagten Genossen zurückgewiesen wird. Deshalb darf der andere Gesellschafter, wenn der eine von den Eheleuten verklagt ist, der andere usw. intervenieren, um die Abweisung der (unbegründeten) Klage zu erzielen.

Umgekehrt kann der Mitgläubiger intervenieren, wenn der Gesamtgläubiger auf Leistung an den einen oder anderen (BGB. § 428) oder der Mitgläubiger auf Leistung an alle oder Hinterlegung für alle (BGB. §§ 432, 2039) geklagt hat. Denn hier gilt der Satz: victoria alteris prodest (wenn der Sieger die Vollstreckung betreibt).[69])

Aus demselben Gesichtspunkte folgt die Interventionsbefugnis jedes Konkursgläubigers in dem Prozesse, den der Verwalter oder ein anderer Konkursgläubiger infolge ihres Widerspruchs über eine angemeldete Konkursforderung führen. Das Interventionsinteresse beruht darauf, daß der Liquidant keine Befriedigung aus der Masse erhält, wenn auch nur ein Widerspruch für begründet erklärt worden ist.[70])

---

[68]) So weit geht auch Wach I 628.

[69]) Hellwig, Rechtskraft 23,4. (Rechtskrafterstreckung kommt in solchen Fällen nach heutigem Recht nicht mehr in Frage.)

[70]) KO. § 147. Um Rechtskrafterstreckung handelt es sich hier nicht, vgl. Hellwig, Rechtskr. 25,6 gegen Wach I 623,4, Gutachten 18, 38, Jäger, Anm. 1 zu § 147 KO.; zutreffend auch RG. 58 Nr. 95 (anders 37 S. 1 f.). Der Intervenient hat also nicht die Stellung des § 69 ZPO. — Dem Gläubiger, der nicht widersprochen hat, wird das Interventionsrecht abgesprochen, weil er durch die Unterlassung den Willen, die Forderung nicht zu bestreiten, bindend ausgesprochen habe (so Wach I 624), weil die Befugnis, die Forderung zu bekämpfen, durch die Unterlassung ausgeschlossen sei (so Seuffert, Konkursprozeßrecht 272). Wachs Grund ist eine Fiktion (man denke an den Fall, daß der Gläubiger den Prüfungstermin wider Willen versäumte); Seufferts Grund ist das probandum. — M. E. hat auch der Gemeinschuldner ein Interventionsrecht, mag er widersprochen haben oder nicht. Sein Widerspruch hat Bedeutung nur für die Haftung nach dem Konkurse (§ 164 KO.). Im Konkurse hat er ein Interesse daran, daß die Masse nur zur Befriedigung von wirklichen Konkursgläubigern verwendet werde. A. M. Seuffert, Konkursprozeßr. 272,3.

Aus dem Gesichtspunkte der Tatbestandswirkung haben ein Interventionsrecht die Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft im Prozesse wegen einer Gesellschaftsschuld,[71]) der Untermieter im Prozesse seines Vermieters mit dem Eigentümer über das Mietrecht des Untervermieters,[72]) der Bürge im Prozesse des Hauptschuldners.[73])

Die angeführten Fälle sind nur Beispiele für die Situationen, die das Interventionsinteresse begründen. Bei der Prüfung, ob es vorhanden ist, darf man nicht engherzig sein.

4. Sind die Interventionsvoraussetzungen vorhanden, so ist die Nebenintervention nicht deshalb unzulässig, weil der Dritte noch andere Wege zur Wahrnehmung seines Interesses hat, wie z. B. die Hauptintervention oder die Übernahme des Prozesses (z. B. nach §§ 76 III, 265 II, 2, 266). Das Interventionsrecht ist also kein subsidiäres Recht. Nebenintervention und Hauptintervention sind sogar nebeneinander zulässig.[74])

IV. Die **Ausübung** des Interventionsrechts steht im Belieben des Dritten. Sie kann durch die Streitverkündigung (§ 72) veranlaßt, aber nicht erzwungen werden.

§ 136.

2. Der Beitritt des Nebenintervenienten. Interventionsstreit.*)

I. Die **Form** des **Beitritts**.

1. Die vom Gesetz (§ 70) **vorgeschriebene Form** ist die Zustellung eines Schriftsatzes an **beide**[1]) Parteien.

a) Dieser **muß** enthalten (§ 70 I):

α) die Bezeichnung der Parteien und des Rechtsstreits (also auch des angerufenen Gerichts);

β) die bestimmte Angabe (nicht schon die Glaubhaftmachung) des Interventionsinteresses, d. h. der Umstände, aus denen dieses zu folgern ist;

---

[71]) Wegen HGB. § 128 mit § 129 I. Es handelt sich auch hier nicht um Rechtskrafterstreckung, so daß also § 69 ZPO. nicht Anwendung findet, vgl. Eccius, ZfHR. **32** 16, Hellwig, Rechtskr. 27/8; a. M. RG. **34** 361, Habicht in Buschs Arch. f. HR. **46** 352. Auch die nicht vertretungsberechtigten G. sind interventionsberechtigt (Walsmann 178).

[72]) Wegen BGB. § 556 III (Hellwig, Rechtskr. 28/9).

[73]) Weil ihm alle Einwendungen (nicht nur die Einreden) des Hauptschuldners zustehen (Hellwig, Rechtskr. 30). Das Urteil schafft Rechtskraft weder für noch gegen den Bürgen (RG. **56** S. 110). Vgl. darüber auch Pagenstecher, Z. f. Rechtspfl. in Bayern **1905**, 329 f.

[74]) So auch RG. **46** S. 404, Gaupp-Stein Note 16 zu § 64, Weismann I § 111 5; a. M. Wach I 630. — Daß der zur Haupt- und Nebenintervention Berechtigte jene erhebt, kann namentlich dadurch veranlaßt werden, daß die Hauptpartei den Nebenintervenienten durch ihren Widerspruch (u. S. 498 II) in der Prozeßführung beengt.

*) Literatur in Note * vor § 135.

[1]) Geschieht die Intervention in Übereinkunft mit dem Kläger in der Weise, daß die Klagschrift zugleich die Interventionserklärung enthält, so entfällt natürlich die Notwendigkeit der Zustellung an den **Kläger**. Vgl. z. B. o. S. 308 nach Note 50.

γ) die Erklärung, daß der Dritte als Nebenintervenient[2]) beitrete und welcher Partei er beitrete.[3])

Außerdem finden die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze (§§ 130 f.) Anwendung (§ 70 II).

b) Der Interventionsakt ist von dem Gesetz als reiner Parteiakt gestaltet. Er[4]) enthält kein an das Gericht gerichtetes Gesuch (weder ein Rechtsschutzgesuch, noch auch nur ein Gesuch um Zulassung zur Stellung des Intervenienten). Eine gerichtliche Mitwirkung, eine Zulassung des Interventionsgesuchs, wie sie bei der Klagerhebung[5]) in Gestalt der Terminsanberaumung unbedingt nötig ist,[6]) findet nicht statt. Sobald der Interventionsschriftsatz (a) beiden Parteien gehörig zugestellt ist,[7]) ist der Dritte zum Nebenintervenienten geworden[8]) und von nun an schon zur Prozeßführung so lange befugt, bis er durch rechtskräftiges Zwischenurteil zurückgewiesen ist.[8a])

c) Der Interventionsschriftsatz kann zugleich eine andere Prozeßhandlung enthalten, wenn diese durch Zustellung eines Schriftsatzes vorgenommen wird. Das Gesetz (§ 66 II) bestimmt aber, daß die Intervention „in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels" erfolgen kann. Dasselbe gilt vom Einspruch gegen ein Versäumnisurteil, vom Widerspruch gegen einen Zahlungsbefehl, von der Restitutions- und Nichtigkeitsklage,[9]) von sonstigen Ladungsschriftsätzen im Laufe der Instanz. Die Besonderheit liegt in solchen Fällen darin, daß die Nachsuchung der prozessual schon sehr bedeutungsvollen (o. S. 3) Terminsanberaumung zulässig ist, obwohl der Dritte noch gar nicht Intervenient ist.[10]) Der Nachdruck liegt auf der

---

[2]) Der Gebrauch dieses Wortes ist nicht nötig. Aber es darf kein Zweifel sein, daß er der Hauptpartei zum Zwecke ihrer Unterstützung beitreten will.

[3]) Hat G von S einen Wechsel über eine nach der Behauptung des S nichtige Schuld erhalten und verklagt der Indossatar des G den S, so kann S dem G den Streit verkünden, weil G ihm regreßpflichtig sei, wenn er trotz Nichtigkeit der Schuld zahlen müßte; der Indossatar kann G den Streit verkünden, weil G ihm hafte, falls er wegen der Nichtigkeit der Schuld abgewiesen werde (§ 72). G kann aber nur einer von beiden Parteien beitreten. Er muß wählen.

[4]) Im Gegensatz zu den Anträgen, die der Intervenient nach seinem Beitritt stellt.

[5]) So auch bei der Hauptintervention, die durch Klage geschieht (§ 64) und einen zweiten Prozeß einleitet. Wegen dieser Verschiedenheit der Form ist es kaum möglich, daß fraglich ist, ob die eine oder andere Intervention vorliege. Jedenfalls ist es unmöglich, sie miteinander zu verbinden. [6]) Vgl. o. § 64 (S. 3).

[7]) Haben die Parteien Prozeßbevollmächtigte, so muß die Zustellung an diese erfolgen (§ 176). Ob sie vorhanden sind, darüber orientiert sich der Intervenient mit Sicherheit aus den Akten. Vgl. o. § 128, bes. S. 413 f., 420 f.

[8]) Die Bemerkung der Motive (zu § 64 d. Entw.), daß der Beitritt durch Erklärung in der mündlichen Verhandlung erfolge, steht in Widerspruch mit dem Gesetz.

[8a]) Dies gilt auch dann, wenn er kein Interventionsrecht hatte (arg. § 71 III, s. u. III 3 b). [9]) Vgl. o. § 135 S. 479, 480.

[10]) Der exzeptionelle Charakter des § 66 II würde entfallen, wenn die Beitrittserklärung und die Rechtsmitteleinlegung (usw.) durch Erklärung an das Gericht erfolgten. Vgl. o. S. 7 [23].

Zustellung des Schriftsatzes, der die Interventionserklärung und die Berufung usw. enthält. Natürlich muß der Schriftsatz als Interventionserklärung auch der unterstützten Partei zugestellt werden, und zwar vor Ablauf der Frist, in der die Berufung usw. einzulegen ist.[11]) — Für die Revision kommt diese Vorschrift (§ 66 II) seit der Novelle von 1905 nicht mehr in Betracht. Der Dritte muß sich erst zum Intervenienten machen und dann beim Revisionsgericht den Revisionsschriftsatz einreichen. Dasselbe gilt von der Beschwerde.

2. Die Beobachtung der Formvorschrift (1) ist wesentlich.[12]) Aber ihre Verletzung begründet nur einen verzichtbaren Mangel. Durch Verzicht beider Parteien oder durch ihre Versäumung der Rüge (§ 295) wird der Mangel ebenso geheilt, wie ein derartiger Mangel bei der Klagerhebung (o. § 67).

Daraus folgt auch, daß mit Zustimmung beider Teile die Interventionserklärung in der mündlichen Verhandlung abgegeben werden kann.

3. Die allgemeinen Prozeßvoraussetzungen gelten auch für den Interventionsakt. Ist der Dritte nicht prozeßfähig, so muß sein gesetzlicher Vertreter handeln.[13]) Im Verfahren vor den Landgerichten und den höheren Gerichten muß der Interventionsschriftsatz von einem bei dem Prozeßgerichte zugelassenen, mit Prozeßvollmacht versehenen Rechtsanwalt ausgehen (§ 78). — Diese Erfordernisse sind unverzichtbar und von Amts wegen zu prüfen, die Legitimation des Anwalts, der sich im kollegialgerichtlichen Verfahren als bevollmächtigt ausgibt, aber nur auf Verlangen des Gegners (§§ 80, 88). Der nicht gehörig legitimierte Vertreter des Intervenienten kann einstweilen zugelassen werden (§§ 56 II, 89).

II. Folgen des Fehlens einer Prozeßvoraussetzung.

1. Fehlt eine der allgemeinen Bedingungen des wirksamen prozessualen Handelns in Beziehung auf das Interventionsgesuch (I, 3) oder ist der Beitritt nicht in der gehörigen Form (I, 1) geschehen und ist der Mangel nicht geheilt (I, 2), so ist der Dritte bzw. sein angeblicher Vormund oder Bevollmächtigter, wenn er als Intervenient handeln will, nicht zuzulassen.

Die unter III darzustellenden Bestimmungen des § 71 (Zurückweisung nur auf Antrag, bloße Glaubhaftmachung, Zulassung bis zur Rechtskraft der Zurückweisung) können sich auf derartige Fälle nicht beziehen,[14]) sondern

---

[11]) RG. 42 S. 401. — Muß öffentliche Zustellung an die Hauptpartei erfolgen, so können daraus Schwierigkeiten entstehen.

[12]) Würde im ersten Termin statt des Beklagten der Dritte erscheinen und unter der Behauptung, Nebenintervenient zu sein, für ihn handeln wollen, so würde das Gericht den Nachweis der an den Beklagten bewirkten Zustellung des Schriftsatzes selbst dann verlangen müssen, wenn der Kläger keine Rüge erhöbe.

[13]) Die Parteifähigkeit bedingt das Interventionsrecht und ist nicht nur Prozeßvoraussetzung (in dem engeren Sinne, in dem der Begriff von mir gebraucht wird). Vgl. o. § 135 17.

[14]) A. M. Gaupp-Stein, Erl. II zu § 70, Erl. I 1 zu § 71. — Zweifellos ist es,

nur auf den sachlichen Streit über das Interventionsrecht. Sie setzen einen formell gültig erfolgten Beitritt voraus. Dieser ist — im Gegensatz zu der Klage — als reiner Parteiakt gestaltet und wirkungslos, wenn ein wesentliches Erfordernis fehlt. Der Dritte ist dann überhaupt nicht Intervenient. Oder sollte ein falsus tutor oder ein Vertreter, der keine Vollmacht hat, zur Prozeßführung zugelassen werden, bis er rechtskräftig zurückgewiesen ist? Oder ein Minderjähriger oder Wahnsinniger? Der Intervenient kommt ja nicht nur als neben der Partei handelnd in Betracht, sondern er kann auch selbständig für die nicht erschienene Hauptpartei handeln und Rechtsmittel für sie einlegen (u. S. 500 f.).

Bezüglich der Form der Zurückweisung fragt es sich, ob sie durch Zwischenurteil oder durch Beschluß zu erfolgen hat. Würde sich der § 71 auch auf unsere Fälle beziehen, so wäre Zwischenurteil erforderlich. Da aber der § 71 sich nur auf den sachlichen Zwischenstreit bezieht, so ist er auch hinsichtlich der Formfrage nicht anwendbar.[15]) Daraus ergibt sich, daß die Entscheidung durch Beschluß zu erfolgen hat und der Anfechtung durch einfache Beschwerde unterliegt. Der Beschluß ist nach der Regel des § 572 sofort wirksam.[16])

2. Die praktische Bedeutung der Unterscheidung zwischen unseren Fällen und dem Interventionsstreit (III) ist groß. Sie liegt darin, daß der Dritte, der **nicht** Intervenient ist und sich doch in die Verhandlung einzumischen versucht, nach der Zurückweisung an der Verhandlung nicht mehr teilnimmt; dasselbe gilt, wenn ein nicht legitimierter Vertreter aufzutreten versucht. Ist die Hauptpartei ausgeblieben, so treten gegen sie die Versäumnisfolgen ein. Ein von dem Dritten unwirksam eingelegtes Rechtsmittel ist durch Endurteil zu verwerfen. Will die Hauptpartei geltend machen, daß der Mangel mit Unrecht angenommen worden sei, so kann sie dieses Urteil anfechten.[17])

III. Entscheidung über die Zulässigkeit des geschehenen Beitritts (Interventionsstreit).

Durch die formgerechte Beitrittserklärung hat der Dritte die Stellung des Intervenienten erhalten. Er bleibt in ihr so lange, bis er rechtskräftig zurückgewiesen ist.

---

daß der § 71 außer Betracht bleibt, wenn nach gültig erfolgtem Beitritt der prozeßunfähige Intervenient selbst (statt seines gesetzlichen Vertreters) oder ein nicht legitimierter Vertreter handelt. Hier gelten die allgemeinen Grundsätze (o. S. 338, 394, 423).

[15]) Die ZPO. läßt zwar auch andere Zwischenstreitigkeiten mit Dritten durch Zwischenurteil entscheiden (§§ 135, 387, 402, 408). Aber daraus ist kein allgemeines Prinzip zu entnehmen (arg. §§ 102, 390, 409 II, Entscheidung durch Beschluß).

[16]) Ebenso wie in den o. S. 338, 394, 423 behandelten Fällen. Vgl. nam. die Zitate S. 394 [55]. — Der sofortigen Wiederholung des Gesuchs unter Vermeidung des Formfehlers steht natürlich nichts im Wege. Deshalb führt unsere Ansicht auch zu keinen Härten.

[17]) Zweifellos ist es so in den in Note 14 bezeichneten Fällen (s. nam. S. 394 bei Note 56, 56 a), ganz anders aber, wenn der gültig beigetretene Intervenient wegen Mangels des Interventionsrechts zurückgewiesen wird (u. III 3 S. 494 f.).

1. Diese Zurückweisung erfolgt nur auf Antrag. Jede der Parteien (auch die unterstützte Hauptpartei) kann ihn stellen.[18]) Wird der Antrag nicht gestellt, so muß das Gericht die Prozeßhandlungen des Intervenienten ohne Prüfung des Interventionsrechts berücksichtigen. Es rechtfertigt sich dies durch die Aufgabe, die das Gesetz dem Nebenintervenienten zuweist (o. S. 481/2). Hat der Intervenient kein Interventionsrecht, hindert aber seine Partei seine Einmischung nicht und unterläßt der Gegner den Widerspruch gegen seine Mitwirkung bei der Entwicklung des bestehenden Prozeßverhältnisses, so besteht kein öffentliches Interesse daran, ihn zurückzuweisen.[19])

Rügt der Antragsteller den Mangel des Interventionsinteresses, so hat der Intervenient es nur glaubhaft zu machen.[20]) Die Partei, die den Dritten durch Streitverkündigung zur Intervention aufgefordert hat, kann den Antrag nicht stellen, ebenso nicht, wer sich im Prozesse ausdrücklich oder stillschweigend mit der Intervention einverstanden erklärt hat.[21])

2. Der Antrag auf Zurückweisung kann nur in der mündlichen Verhandlung gestellt werden.[22]) Damit erst ist der Zwischenstreit des oder der Antragsteller[23]) mit dem Intervenienten entstanden. Die Entscheidung erfolgt nach vorgängiger mündlicher Verhandlung in der Form des Zwischenurteils.[24]) Es lautet entweder auf Zurückweisung des Intervenienten oder auf Zulassung (genauer: auf Abweisung des Antrags auf Zurückweisung)[25]) und entscheidet über die Kosten des Zwischenstreits, welche von dem in ihm unterliegenden Teil zu tragen sind (§ 91). Das Zwischenurteil ist durch sofortige Beschwerde und **nur** durch diese anfechtbar (§§ 71 II, 577 II).[26]) Sie

---

[18]) Nötig ist die Form des § 297. So jetzt auch Gaupp-Stein (9), Note 5 zu § 71. A. M. nur Seuffert, Erl. 1 zu § 71.

[19]) RG. 15 S. 397. Durch übereinstimmenden Willen können die Parteien also jeden Dritten zulassen. Die Bestellung eines Vertreters beruht allein auf dem Willen der vertretenen Partei.

[20]) § 71 I, 2 (§ 294). Man beachte den Gegensatz zu der Stellvertretung: die Legitimation des Vertreters ist voll zu erweisen (§§ 56, 80, 88). Daß das Gesetz Glaubhaftmachung genügen läßt, beruht auf dem S. 495 [34] bezeichneten Gesichtspunkt.

[21]) Wach I 635, Gaupp-Stein (9), Note 7f. zu § 71.

[22]) Der Antrag muß in der Form des § 208 gestellt werden (a. M. Seuffert, Erl. 5 zu § 71 gegen die allgemeine Meinung, der sich jetzt auch Gaupp-Stein (9), Erl. I, 2 angeschlossen hat. — Ein Schriftsatz, der den Antrag enthält, hat nur die Bedeutung eines vorbereitenden Schriftsatzes (ebenso wie in den Fällen des § 281).

[23]) Im Laufe des Zwischenstreits kann sich die Partei, die sich bisher an dem Zwischenstreit nicht beteiligt hatte, dem Widerspruch anschließen. Ihr Widerspruch ist natürlich nicht begründet, wenn sie das Widerspruchsrecht bereits verloren hatte.

[24]) Es ist auch dann gewöhnliches Urteil (kein durch Einspruch anfechtbares Versäumnisurteil), wenn der Intervenient im Termin ausgeblieben ist (§ 347 II bezieht sich nur auf den Zwischenstreit unter den Parteien selbst).

[25]) Nicht etwa spricht es sich darüber aus, ob der (zuzulassende) Intervenient die gewöhnliche Stellung oder die eines streitgenössischen Intervenienten hat.

[26]) Diese ist das allein zulässige Rechtsmittel auch dann, wenn die Entscheidung gleichzeitig mit dem Endurteil und ohne äußere Sonderung von diesem ergangen ist (RG. 15 S. 412, 38 S. 400).

kann gegen die zurückweisende Entscheidung nur von dem Intervenienten, gegen die Zulassung von dem Antragsteller und auch von der Partei eingelegt werden, die bisher die Zurückweisung nicht beantragt hatte.[27])

3. Wirkung der Entscheidung.

a) Ist der Widerspruch rechtskräftig für unbegründet erklärt, so ist das Interventionsrecht rechtskräftig festgestellt (gegenüber beiden Parteien). Ein neuer Widerspruch wäre nur zulässig, wenn er darauf gestützt würde, daß das Interventionsrecht nachträglich (nach Schluß der letzten Verhandlung) weggefallen sei.

b) Ist der Intervenient rechtskräftig zurückgewiesen, so ist damit das behauptete Interventionsrecht verneint. Eine Wiederholung der Intervention wäre nur zulässig, wenn die Tatsachen, die das Interventionsinteresse begründen (z. B. die Rechtsnachfolge), nachträglich (nach Schluß der Verhandlung) eingetreten wären.[28])

Ist die Zurückweisung rechtskräftig, so wird der Intervenient in der Verhandlung nicht mehr zugelassen.[29]) Ein Rechtsmittel, welches er jetzt einlegt, ist als unzulässig zu verwerfen (unter Verurteilung des Intervenienten in die Kosten).[30]) Aber bis zur Rechtskraft der Zurückweisung „wird der Intervenient im Hauptverfahren zugezogen" (§ 71 III). Damit ist gesagt, daß alle Prozeßhandlungen, die er vornimmt, ohne Rücksicht auf das Zwischenurteil und die gegen dieses etwa erhobene sofortige Beschwerde die ihnen nach ihrem Inhalt zukommende Bedeutung haben sollen, obwohl sich herausstellen kann, daß das Interventionsrecht fehlt und der Dritte nicht hätte beitreten dürfen. Es darf also, wenn für den nicht erschienenen Beklagten ein Intervenient aufgetreten ist, kein Versäumnisurteil gegen den Beklagten erlassen werden. Vielmehr ist auf Grund der Verhandlung des Intervenienten der von ihm angetretene Beweis zu erheben, und sogar das **Endurteil** ist zu fällen, wenn die Sache vor Rechtskraft des Zwischenurteils spruchreif geworden ist.[31])

Keine Schwierigkeiten bestehen, wenn der Intervenient lediglich neben

[27]) So auch Wach I 636 Nr. 6, die Kommentare und RG. JWSchr. 1893 S. 196.

[28]) RG. 23 S. 342 (= SeuffArch. 44 S. 462) erklärt die Wiederholung für statthaft, wenn sie auf ein neues rechtliches Interesse gestützt werde, über welches die ergangene Entscheidung nicht befunden habe. Aus allgemeinen Rechtskraftsgrundsätzen folgt aber, daß die begründende Tatsache neu sein muß. Es ist Sache der Partei, alle ihren Antrag begründenden Tatsachen rechtzeitig anzuführen und zu beweisen bezw. glaubhaft zu machen. Vgl. ZPO. § 767 II, o. Bd. 1 § 29 II 2.

[29]) Die Zurückweisung erfolgt nun durch Beschluß. Es handelt sich jetzt nicht mehr um einen Interventionsstreit, sondern um die unbefugte Einmischung eines Dritten. Vgl. o. II 2 (S. 492).

[30]) Ebenso wie dann, wenn ein falsus tutor oder procurator eine Klage erhebt oder ein Rechtsmittel einlegt, vgl. o. S. 391, 423. Diese Entscheidung erfolgt durch Endurteil.

[31]) Eine Vorschrift, die dies verbietet, fehlt. Ganz anders, falls ein nicht legitimierter Vertreter einstweilen zugelassen ist. Vgl. o. S. 394, 425, u. S. 508 f.

seiner Partei gehandelt hat. Soweit diese sich in Widerspruch mit ihm gesetzt hat, sind seine Prozeßhandlungen ohnehin bedeutungslos (§ 67). Soweit aber seine Partei die von ihm vorgenommenen Prozeßhandlungen durch Unterlassung des Widerspruchs oder dadurch, daß sie vor Eintritt der Rechtskraft auf Grund der Handlungen des Intervenienten weiter prozessierte, gebilligt hat, verlieren diese ihre Wirkung durch die spätere Zurückweisung nicht. Hierüber ist man einig.

Streitig ist es, welche Wirkung die rechtskräftige Zurückweisung auf diejenigen Prozeßhandlungen hat, die der Intervenient *selbständig an Stelle* seiner untätigen Partei vorgenommen hat. Vielfach wird gelehrt, daß sie infolge der Zurückweisung „hinfällig werden“, „als nicht geschehen zu betrachten sind“, „mit rückwirkender Kraft unwirksam werden“.[32]) Man beurteilt also die Handlungen des später zurückgewiesenen Intervenienten ebenso wie die eines nicht legitimierten einstweilen zugelassenen *Vertreters*.[33]) Allein dies entspricht dem Gesetz nicht und ist auch praktisch undurchführbar. Der Unterschied in den beiden Situationen liegt darin, daß der Intervenient beiden Parteien die Interventionserklärung zugestellt haben muß, wenn unsere Vorschrift (§ 71 III) Anwendung finden soll. Die unterstützte Partei kann ihn *lahm legen* (§ 67[2]). Tut sie dies nicht, so liegt darin zwar nicht notwendig eine Zustimmung zu seinen Handlungen, aber es erklärt es doch und rechtfertigt es, wenn das Gesetz ihm die Prozeßführungsbefugnis bis zur rechtskräftigen Zurückweisung *unbedingt* gewährt.[34]) Läge es im Sinne des Gesetzes, die Handlungen hinfällig werden zu lassen, so hätte es verbieten müssen, daß vor Eintritt der Rechtskraft ein *End*urteil gefällt werde; und ebenso hätte es dann eine dem § 89 I, 3 entsprechende Vorschrift über die Ersatzpflicht des nicht legitimierten Intervenienten geben müssen. — Die praktische Undurchführbarkeit der bekämpften Ansicht zeigt sich, wenn man an den Fall denkt, daß auf Grund der Prozeßführung des Intervenienten ein Endurteil gefällt ist. Soll auch *dieses* etwa von selbst hinfällig werden? Sollte, wenn die Rechtsmittelfrist inzwischen schon abgelaufen wäre, etwa die Nichtigkeitsklage gewährt werden?

---

[32]) So Wach I 636, Weismann I § 111 VI, Seuffert, Erl. 3, Skonietzki-Gelpcke, Erl. 9, Gaupp-Stein, Erl. II zu § 71 und die meisten anderen Kommentare, OLG. Hamburg in SeuffArch. 44 S. 461.

[33]) Vgl. die in Note 32 zitierte Entscheidung („die Zulassung des Intervenienten ist nur ein Provisorium und die Wirksamkeit seiner Handlungen eine nur eventuelle, abhängig davon . . ., daß er als Intervenient definitiv zugelassen wird“). S. u. S. 509.

[34]) Die Vorschrift des § 71 III beruht auf der Erwägung, daß sich die Folgen einer ungerechtfertigten Zurückweisung, wenn diese (nach dem Regelrechte, § 572) *sofort* wirken würde, nicht oder nur mit Wiederholung der Verhandlungen wieder gut machen ließen, während die Folgen eines ungerechtfertigten Mitwirkens des Dritten nicht schlimm sind, wenn die unterstützte Partei wachsam ist. Hätte das Gesetz den § 71 III nicht, so hätte es verfügen müssen, daß das Hauptverfahren bis zur Rechtskraft auszusetzen sei. Der Prozeß soll aber durch den Streit nicht aufgehalten werden (Mot.).

Aus diesen Gründen ergibt sich, daß die Handlungen des Intervenienten ihre Bedeutung behalten.[35] Die Parteien haben also den Prozeß in der Rechtslage fortzuführen, in der er sich zur Zeit der Rechtskraft des Zurückweisungsbeschlusses befindet, mag diese Rechtslage auch allein durch den Intervenienten herbeigeführt sein.[36]

IV. Beendigung und Sukzession.

1. Außer durch Zurückweisung scheidet der Intervenient aus seiner Stellung dadurch aus, daß er sie aufgibt. Dies geschieht nach Analogie des § 271 durch Erklärung in der mündlichen Verhandlung oder durch Zustellung eines Schriftsatzes an beide Teile. Dann trägt der Intervenient die durch die Intervention veranlaßten Prozeßkosten, insbesondere also die Kosten des Interventionsstreites, wenn ein solcher bereits entstanden war.

2. Nach dem Tode kann man ebensowenig mehr Nebenintervenient wie Hauptpartei sein.[37] Aber wie der Erbe in das (Haupt-)Prozeßverhältnis sukzediert, so tritt der Erbe des Nebenintervenienten in die Stellung des Erblassers. Er ist als Erbe Nebenintervenient[38] und erklärt durch Zustellung eines Schriftsatzes an beide Teile lediglich, daß er die Befugnisse aus dem auf ihn übergegangenen prozessualen Rechtsverhältnis[39] ausüben will (vgl. § 250). Er genießt z. B. die Wirkungen des zulassenden Zwischenurteils, kann aber auch anderseits mit Rücksicht auf die auf ihn übergegangenen Rechtsverhältnisse die zurückgewiesene Intervention nicht wiederholen. — Der Nachlaßpfleger oder Testamentsvollstrecker steht in Beziehung auf die Interventionsstellung des Erblassers ebenso, wie sonst als Verwalter des Nachlasses. Überhaupt gelten über die Gründe der Sukzession in das Interventionsverhältnis die später näher darzustellenden

---

[35]) So auch Förster-Engelmann, Erl. 4 zu § 71.

[36]) Beispiel: In der Verhandlung erscheint nach gültigem Beitritt der Bruder des Beklagten und der Kläger. Dieser widerspricht, weil der Intervenient sein Interventionsinteresse nur auf seine Verwandtschaft gestützt habe. Das Gericht erläßt (mit Recht) abweisendes Zwischenurteil. Nun verhandelt der Intervenient. Er legt Urkunden vor, die beweisen, daß das eingeklagte Darlehen zurückgezahlt ist. Das Gericht weist die Klage ab. Der Intervenient läßt das Urteil am 5. Mai zustellen. Wird der Zurückweisungsbeschluß nach dem 5. Juni rechtskräftig, so ist das Haupturteil völlig unanfechtbar. Wird der Beschluß vorher rechtskräftig, so läuft die Berufungsfrist trotzdem weiter. Will der Kläger den Eintritt der Rechtskraft verhindern, so muß er Berufung einlegen. — Mir erscheinen diese Ergebnisse durchaus billig und gerecht. Das Wesentliche ist hier, daß das Urteil richtig ist. Das Gesetz nimmt es in den Kauf, daß das Prozeßmaterial von einem Intervenienten vorgelegt ist, dem ein Interventionsrecht nicht zustand. — Die Möglichkeit, daß gegen den Wunsch der Hauptpartei ein Rechtsmittel eingelegt wird, besteht übrigens auch, wenn der Intervenient nicht zurückgewiesen ist (S. 502). Gegen die Prozeßkosten kann sie sich nur durch rechtzeitigen Verzicht auf das Rechtsmittel schützen (S. 510 [79]). Bei streitgenössischer Intervention hindert auch ihr Verzicht den Intervenienten nicht an der Einlegung des Rechtsmittels. Aber vor den Kosten ist sie geschützt (S. 520c).

[37]) Eine Unterbrechung des Hauptverfahrens durch den Tod des Nebenintervenienten ist im Gesetze (vgl. §§ 239f.) nicht vorgeschrieben. Beim selbständigen Nebenintervenienten ist zu fragen, ob sie aus § 69 (mit § 62) zu folgern ist.

[38]) Ebenso erstrecken sich die Wirkungen der Streitverkündigung auf den Erben.

[39]) Vgl. u. § 137 IV (S. 509, 510).

Grundsätze, die das Gesetz für die Nachfolge in das Prozeßverhältnis der Parteien (Hauptparteien) aufstellt.

3. Die Stellung des Nebenintervenienten im Prozeß und die Wirkung des Urteils im Verhältnis zur unterstützten Partei.

§ 137.

a) Der gewöhnliche (unselbständige) Nebenintervenient. [1])

I. Die Stellung des Intervenienten im allgemeinen.[2])

Nebenintervenient ist der Dritte, der auf Grund behaupteten Interventionsrechts einer Partei zu ihrer Unterstützung formgerecht beigetreten ist (o. § 136).

Wer Nebenintervenient ist, ist Nebenpartei (nicht: Mitpartei, Streitgenosse). Er hat das Recht, in dem Prozesse, der zwischen der Hauptpartei (nicht: ihm) und ihrem Gegner anhängig ist, im eigenen Namen die Prozeßführung wirksam vorzunehmen, wobei er in Ausnahmsfällen selbständig ist (u. § 138), in der Regel (S. 498 f.) aber sich nicht in Widerspruch mit der Hauptpartei setzen kann (akzessorische Prozeßstandschaft).

1. Durch die Nebenintervention erlangt der Dritte niemals die Stellung einer Partei (neben der unterstützten Partei). Er wird nicht Mitkläger, so daß ihm Rechtsschutz durch ein auf seinen Namen gefälltes und als solches wirkendes Urteil zuteil werden könnte; er wird an der Seite des Beklagten nicht dessen Streitgenosse. Niemals wird dem Nebenintervenienten etwas zu- oder abgesprochen, er kann nicht verurteilt werden, sondern in allen Fällen ergeht in der Hauptsache (Gegensatz: Prozeßkosten) das Urteil lediglich auf den Namen der Parteien.

2. Der Nebenintervenient hat das Recht zur Prozeßführung über den zwischen den Parteien abzuurteilenden Prozeßgegenstand. Aber er ist lediglich deshalb zur Mitwirkung befugt, weil er ein Interesse daran hat, wie das allein zwischen den Parteien ergehende Urteil ausfällt. Dieses kann auch im Verhältnis des Intervenienten zu seiner Partei Wirkung haben; wie weit dies der Fall ist, hängt von den Umständen ab; wenn es sie hat, ist es keine Rechtskraft (u. S. 513 f.). Im Verhältnis des Intervenienten zum Gegner kann das Urteil Rechtskraft wirken; diese Rechtskrafterstreckung ist aber ganz unabhängig davon, daß der Intervenient sich am Prozesse beteiligt hat; sie wäre auch ohne das eingetreten (S. 521).

---

[1]) Literatur: Note * vor § 135.

[2]) Über die prinzipielle Auffassung der Nebenintervention vgl. schon o. S. 29 und S. 366, wo der unten Note 65 bezeichnete Druckfehler (ebenso statt ebensowenig) untergelaufen ist, und näher unten S. 508—510.

3. Der Nebenintervenient kann in gewissen Fällen den Prozeß an Stelle der dann ausscheidenden Hauptpartei übernehmen.[3]) Abgesehen von diesen Fällen ist eine solche Übernahme ohne Einverständnis mit beiden Teilen nicht zulässig.

Im übrigen ist er nur dazu befugt, auf die zwischen den Parteien zu erlassende Entscheidung einzuwirken. Dabei ist seine Stellung sehr verschieden, je nachdem die gewöhnliche Nebenintervention (unselbständiger Nebenintervenient) vorliegt oder er streitgenössischer (selbständiger) Nebenintervenient ist. Über die Sonderstellung des letzteren handelt der folgende Paragraph.

II. Die Stellung des gewöhnlichen (unselbständigen) Nebenintervenienten bestimmt das Gesetz zunächst durch den Satz: „Er muß den Rechtsstreit in der Lage annehmen, in welcher sich dieser zur Zeit seines Beitritts befindet“ (§ 67 [1]). Rechtsbehelfe, welche die Hauptpartei durch den Verlauf des Prozesses (z. B. durch Zwischenurteile), insbesondere durch Versäumnis oder Verzicht oder Geständnis verloren hat, kann der Nebenintervenient nicht nachholen.[4]) Eben deshalb ist nach Eintritt der Rechtskraft eine Nebenintervention nur noch insoweit denkbar, als das rechtskräftige Urteil der Anfechtung ausgesetzt ist.[5])

Wie die Prozeßlage zur Zeit des Beitritts für den Nebenintervenienten maßgebend ist, so ist sie es auch während des ganzen weiteren Verlaufes des Prozesses.

III. „Der Nebenintervenient ist berechtigt, Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend zu machen und alle[5a]) Prozeßhandlungen wirksam vorzunehmen, insoweit nicht seine Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch stehen“ (§ 67 [2]).

1. Der Nebenintervenient ist zur Prozeßführung über das Rechtsverhältnis der unterstützten Partei berechtigt. Dieses (prozessuale) Recht steht ihm kraft Gesetzes zu. Seine Befugnis beruht nicht auf einer Ermächtigung seiner Partei. Sie kann seine einzelne Prozeßhandlung durch ihren Widerspruch unwirksam machen, aber sie muß die Mitwirkung ebenso dulden, wie der Gegner.

2. Der Nebenintervenient ist nur zur Prozeßführung berechtigt.

---

[3]) Hierauf (vgl. z. B. §§ 75/7, WarenzeichenG. § 9 III) wird erst in dem Abschnitt über die Sukzession in das Prozeßverhältnis eingegangen.

[4]) Ist der Prozeß in eine für die Hauptpartei ungünstige Lage gekommen, so wahrt der Dritte, der zur Hauptintervention befugt ist (o. S. 486 γ), sein Interesse durch diese. Er ist zu ihr auch dann noch befugt, wenn er sich schon als Nebenintervenient angeschlossen hat (S. 481 [40], 489 [74]).

[5]) Vgl. o. § 135.

[5a]) „Alle“, d. h. alle übrigen. Vgl. u. bei Note 21/2.

Privatrechtliche Rechtsgeschäfte kann er nicht vornehmen, auch nicht diejenigen, zu denen der Prozeßbevollmächtigte legitimiert ist.[6])

3. Nur über den Gegenstand des bereits anhängigen Prozesses kann er prozessieren. Er selbst kann diesen nicht verändern, ihn nicht erweitern oder beschränken (auch soweit dies nach § 268 nicht unter das Klagänderungsverbot des § 264 fällt), keine Widerklage oder Inzidentfeststellungsklage erheben. Auch zur Zurücknahme der Klage ist er nicht befugt. Das alles folgt aus § 66 („Unterstützung" im „anhängigen" Prozesse). — Nimmt der Intervenient solche Prozeßhandlungen vor, so sind sie unwirksam (auch ohne daß seine Partei widerspricht).[7]) Gibt diese ihre Zustimmung dazu, so erlangen auch solche Handlungen Wirksamkeit. Die Zustimmung liegt auch darin, daß die gegenwärtige Hauptpartei den Widerspruch unter solchen Umständen unterläßt, daß darin die Zustimmung gefunden werden muß. Diese kann auch im voraus gegeben werden, ist dann aber von der Bevollmächtigung, die auch an den Intervenienten möglich ist, ebenso scharf zu unterscheiden, wie die nachträgliche Zustimmung von der Genehmigung einer Handlung, die ein Stellvertreter vorgenommen hat.

Die Zustimmung zu einer Handlung, die der Intervenient als solcher vorgenommen hat, ist Zustimmung zu einer Handlung, die zwar in fremden Angelegenheiten, aber im eigenen Namen vorgenommen wurde. Zivilistisch steht der Unterschied zwischen dieser Art von Zustimmung (vgl. z. B. BGB. §§ 183/5, 1375, 1395 f.) und der Bevollmächtigung oder der Genehmigung einer Vertreterhandlung (BGB. §§ 167, 177) vollkommen fest. Auf prozessualem Gebiete ist der Unterschied derselbe.[8]) Die Zustimmung zu einer Handlung des Intervenienten macht dessen in manchen Beziehungen unvollkommenes Prozeßführungsrecht zu einem vollkommenen, entweder in Beziehung auf den äußeren Umfang (so hier) oder insofern, als seine Handlungen an sich durch den Widerspruch entkräftet werden könnten (4 a).

Nicht in jedem Unterbleiben des Widerspruchs liegt eine Zustimmung (Genehmigung). Aber das bloße Unterbleiben des Widerspruchs ist trotzdem von großer Bedeutung (S. 501).

---

[6]) Vergleich, Empfang der Prozeßkosten, vgl. o. S. 441/2 b α, β. Klaganerkenntnis und Verzicht sind ebenso wie das einfache Geständnis keine Verfügungen über den Prozeßgegenstand (näher o. S. 387) und deshalb vom Gesichtspunkt des Textes aus dem Intervenienten nicht verschlossen. Vgl. u. S. 501.

[7]) Auf eine von ihm in Abwesenheit der Hauptpartei erhobene Widerklage darf also das Gericht kein sachliches Urteil erlassen, sondern muß Prozeßabweisung aussprechen; in die hierdurch verursachten Prozeßkosten ist der Intervenient zu verurteilen (u. S. 510 [79]).

[8]) Vgl. z. B. BGB. § 1400 und näher o. Bd. 1 § 53, III. Die Adresse der Zustimmungserklärung zum Handeln im eigenem Namen (also in unserem Falle) ist auch der Handelnde selbst. Vgl. o. S. 389 mit S. 430 [37]. — Die Zustimmung des Textes wird auch in den folgenden Erörterungen von Bedeutung.

4. Der Intervenient kann — mit dieser Beschränkung (3) und vorbehaltlich der Entkräftung durch Widerspruch der Hauptpartei — „alle Prozeßhandlungen wirksam vornehmen“ (§ 67), die die Hauptpartei vornehmen könnte.

a) Dies gilt sowohl für den Fall, daß die Hauptpartei in der Verhandlung erscheint und der Intervenient neben ihr steht, als auch dann, wenn sie völlig untätig ist, sei es, daß sie absichtlich dem Intervenienten die Prozeßführung überläßt, sei es, daß ihre Tätigkeit aus anderen Gründen mit oder ohne ihren Willen unterbleibt.[9] Aber jede Handlung des Intervenienten ist unwirksam, wenn sie in (positivem) Widerspruch mit der von der Hauptpartei bereits vorgenommenen Handlung steht. Demnach ist, wenn der Beklagte eine Tatsache zugestanden hat, nicht etwa Beweis zu erheben, falls sein Nebenintervenient bestreitet; hat der Beklagte die Klage als begründet anerkannt, so hat das Gericht seinem Nebenintervenienten das Wort abzuschneiden, wenn er trotzdem kontradiktorisch verhandeln will; hat der verurteilte Beklagte auf das Rechtsmittel verzichtet, so ist es unwirksam (gegenüber der Hauptpartei), wenn sein Intervenient es trotzdem einlegt.[9a]

Ob ein Widerspruch vorliegt, ist nach den Umständen zu beurteilen. Er ist vorhanden, wenn der Intervenient einfach bestreitet, nachdem die Hauptpartei zugestanden hat, nicht aber, wenn er später das Geständnis wegen eines Irrtums der Partei widerruft (§ 290). Er ist vorhanden, wenn der Intervenient einen entgegengesetzten Antrag stellt, nicht aber, wenn er den Antrag der Partei wegen Veränderung der Sachlage entsprechend umgestaltet, so z. B. wenn der Pfändungspfandgläubiger als Intervenient seines Schuldners in dessen Prozeß mit dem Drittschuldner den Antrag auf Verurteilung (an den Kläger) nach der Pfändung der Forderung sachgemäß[10] in den Antrag auf Verurteilung an den Pfändungspfandgläubiger (also hier an den Intervenienten selbst) ändert.[11] Der Widerspruch ist vorhanden, wenn die Partei ein Rechtsmittel eingelegt hat und der Intervenient es zurücknimmt. — Mit seiner eigenen Handlung kann er sich in Widerspruch setzen, soweit dies nach allgemeinen Grundsätzen möglich ist.

Die Handlung des Intervenienten **wird** unwirksam, wenn die Hauptpartei sich mit ihr rechtzeitig in Widerspruch setzt.

α) Sie kann in der Verhandlung sowohl tatsächliche Erklärungen wie jedes andere Vorbringen (also auch Anträge) des Intervenienten beliebig berichtigen und ändern.[12]

---

[9]) Daß die Untätigkeit den Nebenintervenienten nicht an der Prozeßführung hindert, erhellt zweifellos aus seiner Befugnis, ein Rechtsmittel einzulegen (§ 66 II), und ist für den Fall der Versäumung der Verhandlung jetzt allgemein anerkannt.

[9a]) Die Situation ist in dieser Beziehung dieselbe, wie wenn ein Dritter, der nicht Nebenintervenient ist, Berufung einlegt (o. S. 492 Nr. 2, S. 494 [30]) oder wenn ein Vertreter es tut, dem die Vertretungsmacht von vornherein fehlt oder wieder entzogen ist (o. S. 390, 423).

[10]) Vgl. o. Bd. 1 § 52 [7], § 32 IV 2, § 57 [9].

[11]) So entscheidet zutreffend das RG. (VII. S.) in JWSchr. 1906 S. 564 Nr. 32. — Weitere Judikatur: RG. 18 S. 416, 53 S. 208.

[12]) Anders ist es bei dem miterschienenen Vollmachtgeber (§ 85, s. o. S. 449 f.),

Dies gilt nicht nur, wenn er eine Erklärung abgegeben hat, die sie als eigene ändern könnte,[13]) oder wenn er etwas unterlassen hat, was sie, wenn es sich um eine eigene Unterlassung handelte, nachholen könnte, sondern auch da, wo das eigene Verhalten die Partei sofort binden würde, so z. B. wenn er vorbehaltlos zur Hauptsache verhandelte (§§ 39, 274 1), in die Klagänderung einwilligte (§§ 264, 269), auf die Beeidigung eines Zeugen verzichtete (§ 391), einen zugeschobenen Eid annahm oder zurückschob (§ 458), anerkannte (§§ 306/7) oder gestand (§§ 288, 290).[14]) Aber die Hauptpartei muß den Widerspruch rechtzeitig geltend machen; also muß sie, wenn sie in dieser Weise eingreifen will, in der Verhandlung erscheinen und ohne Verzögerung[15]) widersprechen. Tut sie es nicht, obwohl sie erschienen war und Gelegenheit zum Widerspruch hatte, oder blieb sie in der Verhandlung aus, so hat sie das Widerspruchsrecht verloren (auch dann, wenn sie nicht in der Absicht wegblieb, dem Nebenintervenienten die Prozeßführung völlig zu überlassen).[16]) Namentlich kann sie Handlungen, die der verhandelnde Intervenient versäumte, nicht nachholen, wenn sie es nicht könnte, falls sie selbst verhandelt hätte.[17])

Hat ein Vertreter durch eine in Beziehung auf den Rechtsstreit begangene strafbare Handlung das Urteil erwirkt, so kann die Partei es mit der Restitutions-

---

ähnlich bei der Partei, die (vor dem Amtsgericht) mit einem Beistand erscheint (§ 90 II, s. o. S. 472 f.).

[13]) Man denke z. B. an Fallenlassen einer Einrede, Zugestehen (an Stelle früherer Bestreitung), Berichtigung eigener tatsächlicher Angaben.

[14]) Hat der Nebenintervenient eine Tatsache zugestanden (§ 288), so kann sie frei berichtigen. Versäumt sie diesen rechtzeitigen Widerruf, so ist er nur möglich nach § 290. Dabei muß es auf den Irrtum des Nebenintervenienten ankommen (ebenso wie bei einem Geständnis des Vertreters, o. S. 448). Seine Handlungen sind allerdings keine Vertreterhandlungen, aber sie wirken wie diese auf das Prozeßverhältnis, wenn die Partei den rechtzeitigen Widerruf versäumt hat.

[15]) „Sofort“ im Sinne des § 85 [2] und § 90 II (o. S. 453, 473).

[16]) Es ist zu beachten, daß zur Wirksamkeit von „allen“ Prozeßhandlungen nicht Genehmigung gefordert wird. Die Wirksamkeit ist vorhanden, aber bedingt, bedingt nur dadurch, daß der Widerspruch unterbleibt (vgl. o. S. 473). Wach I 642 Nr. 4 b (ebenso Gaupp-Stein, Erl. II zu Note 8, obwohl er den § 90 II zitiert) dagegen führt den Ausschluß des Widerrufs des Geständnisses auf Zustimmung (durch Schweigen) zurück. So gelangt er dazu, der nicht erschienenen Partei das Widerspruchsrecht bis zum Schlusse der Verhandlungen (ev. zweiter Instanz) zuzuschreiben. Das führt m. E. zu einer Unsicherheit in der Prozeßlage, wenn ein Intervenient mitwirkt, zu einer unzulässigen Begünstigung der ausbleibenden Partei und zu einer nicht gerechtfertigten Verschlechterung der Rechtslage des erschienenen Gegners; es setzt geradezu eine Prämie darauf, daß die Hauptpartei nicht erscheint oder die Ohren verschließt. Die Situation ist, wie Gaupp-Stein a. a. O. richtig andeutet, der des § 90 II analog (nicht gleich, weil der Nebenintervenient nicht Vertreter ist und der § 90 nur das Miterscheinen betrifft). Hier wird aber gerade alles das verlangt, was wir im Texte von der Hauptpartei fordern. — Unhaltbar ist die Ansicht von Walsmann. Er schreibt dem Nebenintervenienten von vornherein nur die Befugnis zu, „unter Zustimmung der Partei deren Prozeßführungsrecht auszuüben“ (S. 81), und versteht den § 67 dahin, daß „die Wirkungen (seiner Handlungen) von der Zustimmung abhängig sind“ (S. 80).

[17]) Skonietzki-Gelpcke, Erl. 4 B zu § 67 lehren, daß der Widerspruch insoweit unwirksam sei, als dadurch Rechte des Gegners, die dieser bereits aus der Prozeßhandlung des Nebenintervenienten erworben hatte, beeinträchtigt würden. Damit stimmt der Text im wesentlichen überein. — Gaupp-Stein (9), Erl. II (zu Note 9) zu § 67 lehrt: „Unterlassungen des Nebenintervenienten sind für die Partei ohne Bedeutung.“ So allgemein kann man das gewiß nicht sagen. Die von Gaupp-Stein angezogene Entscheidung des OLG. Hamburg (ZZP. 32 340) enthält die gelegentliche, für die Entscheidung nicht maßgebende und von Gaupp-Stein selbst nicht gebilligte Äußerung, der Nebenintervenient könne überhaupt nicht verzichten.

klage angreifen, wenn es rechtskräftig ist.[18]) Dann kann sie aber auch vorher die an sich bindende Rechtslage, die in jener Weise geschaffen ist, durch Anfechtung beseitigen (auch noch in der Berufungsinstanz).[19]) Dieser Grundsatz ist entsprechend auf den Nebenintervenienten anzuwenden.[20])

β) Die außerhalb der mündlichen Verhandlung von dem Nebenintervenienten vorgenommenen Handlungen entziehen sich ihrer Natur nach dem Widerruf, so daß dieser die Folge hätte, daß sie als nicht geschehen zu betrachten wären. Hat der Nebenintervenient Berufung eingelegt, so kann die Hauptpartei sie nur zurücknehmen. Es hat dies die gleiche Folge, wie wenn sie ein von ihr selbst eingelegtes Rechtsmittel zurücknehmen würde.[20a]) Eine Urteilszustellung, die der Intervenient vorgenommen hat, kann die Hauptpartei nicht durch Widerspruch entkräften. Ein solcher hätte auf den Lauf der Rechtsmittelfrist keinen Einfluß.

b) Der Intervenient hat von seinem Beitritt an bis zu seiner rechtskräftigen Zurückweisung das Recht zur Teilnahme am Prozesse, und zwar darf er alle Prozeßhandlungen vornehmen, sowohl in der Verhandlung („Angriffs- und Verteidigungsmittel"),[21]) als auch andere Prozeßhandlungen (Ladungen, Aufnahme des Verfahrens, Urteilszustellungen,[22]) Rechtsmitteleinlegungen[23]) usw.).

Nimmt er eine Ladung vor, so muß er, wenn anders die Hauptpartei als gehörig geladen erscheinen soll, die Ladung auch dieser zustellen lassen. Die Zustellung von Urteilen muß er mindestens an den Gegner richten. Streitig ist, ob dies genügt, oder ob die Rechtsmittelfrist gegen die Hauptpartei nur dann läuft, wenn auch ihr das Urteil zugestellt ist. Das letztere ist beim Schweigen des Gesetzes aus dem, was für die Ladung gilt, zu entnehmen.[24]) Will der Nebenintervenient ein

[18]) § 580 Nr. 4.

[19]) Es hätte keinen Sinn, sie darauf zu verweisen, daß sie erst das Urteil rechtskräftig werden lassen und dann die Restitutionsklage anstellen müsse.

[20]) § 580 spricht allerdings nur von dem Vertreter. Das Gesetz hat eine Lücke. Wer dies nicht anerkennt, macht auch den Gegner rechtlos, wenn zu seinem Nachteil die strafbare Handlung vom Nebenintervenienten begangen ist.

[20a]) Sie trägt hier also die Prozeßkosten, vorbehaltlich von Regreßansprüchen, die aus dem bürgerlichen Recht zu begründen sind, auf das prozessuale Verhältnis aber keinen Einfluß haben. Anders im Falle der Note 9a.

[21]) Auch die Erklärungen über Zuschiebung, Annahme oder Zurückschiebung des Eides kann er vornehmen. Dagegen kann er selbst zur Leistung (oder Verweigerung) des Eides nur gelangen, wenn er selbständiger Streitgenosse ist (§ 449). In den hier behandelten gewöhnlichen Fällen liegt der Eid der Hauptpartei ob, und lediglich aus ihrer Person bestimmt sich die Zulässigkeit des Eides und sein Inhalt („Eidesnorm"). Der Nebenintervenient ist fähig zum Zeugnis.

[22]) Skonietzki-Gelpcke, Erl. 2 B c lehren, der Nebenintervenient stelle nur dann wirksam zu, wenn das Urteil durchweg zu Gunsten der Hauptpartei ergangen sei. Aber wenn er das ungünstige nicht zustellen könnte, so könnte er es auch nicht anfechten. Kann er aber schlechthin zustellen, so läuft auch die Frist gegen seine Partei. Die bekämpfte Ansicht beruht auf dem bei Note 31 bezeichneten Gesichtspunkte. Für uns RG. 17 S. 411, 34 S. 391 (in SA. 47 Nr. 353 entscheidet das RG. die Frage nicht), Gaupp-Stein, Erl. II[18] zu § 67, Seuffert, Erl. 2 c a. E. zu § 516. A. M. ZZP. 12 504 (LG. Cassel).

[23]) Dadurch macht er sich nicht zur Partei in der Rechtsmittelinstanz; dies bleibt auch in ihr die Hauptpartei. Anders ist es nur, wenn er Rechtsmittel einlegt, obwohl er nicht oder nicht mehr Nebenintervenient ist (o. § 136) oder obwohl er sich damit in Widerspruch mit der Partei setzt (Note 9a). Vgl. u. S. 510.

[24]) Zustellung des Nebenintervenienten an den Gegner lassen genügen Skonietzki-Gelpcke, Erl. 2 B a, Gaupp-Stein, Erl. II[13] zu § 67, RG. 17 S. 411, 34 S. 391/2

Rechtsmittel einlegen, so genügt die Zustellung an den Gegner, aber die Ladung zum Termin muß er, wie schon bemerkt, auch der Hauptpartei zustellen lassen, widrigenfalls nicht verhandelt werden kann.[25])

Die Kehrseite der aktiven Vertretung ist die passive. Bei der Nebenintervention haben wir ein Seitenstück zu dieser Erscheinung, wenigstens in der mündlichen Verhandlung.

Ist die Hauptpartei ausgeblieben und nur der Intervenient erschienen, so kann der Gegner trotzdem alle Prozeßhandlungen mit derselben Wirkung vornehmen, als wäre die Hauptpartei erschienen. Und in derselben Weise wirkt die Verkündigung von gerichtlichen Entscheidungen (z. B. von Terminsanberaumungen). Aber die Hauptpartei scheidet durch ihr Fernbleiben nicht aus der Prozeßführung aus. Will der Gegner laden oder Urteile zustellen oder Rechtsmittel einlegen, so ist stets mindestens Zustellung an die Hauptpartei nötig;[26]) streitig ist nur, ob sie nicht außerdem an den Nebenintervenienten geschehen muß.

Der Intervenient hat das Recht auf Teilnahme am Prozesse in allen seinen Abschnitten.[27]) Deshalb sind nicht nur Ladungen, sondern auch Zustellungen von Urteilen, mögen sie vom Gegner oder von der Hauptpartei ausgehen, auch ihm gegenüber vorzunehmen, wenn sie ihm und der Hauptpartei gegenüber wirksam sein sollen.[28]) Die Hauptpartei kann ihn durch Widerspruch lahmlegen, aber auch sie kann (nicht nur: darf) ihn nicht ignorieren.

Das Gesetz gibt außer dem § 71 III (Note 27) auch hier (Note 24) keine besondere Vorschrift über diese praktisch wichtigen Fragen. Soll der Intervenient sein Recht zur Prozeßführung wirksam gebrauchen können, soll es nicht nur auf dem Papier stehen und will man nicht den Nebenintervenienten auf die Information der Hauptpartei verweisen (wozu man von der Vertretertheorie aus leicht gelangt), so ist zu fordern, daß er von den wichtigen, die Prozeßlage einschneidend verändernden Akten Kenntnis erlangen muß. Nur das kann man zugeben, daß die Unterlassung der Zustellung des Urteils an den Intervenienten dann nicht schadet, wenn er oder die Hauptpartei oder auch der Gegner rechtzeitig ein Rechtsmittel eingelegt haben. Sein Interesse ist gewahrt durch die Verhinderung der Rechtskraft und durch die — allerseits zugegebene — Notwendigkeit, daß er zur Verhandlung geladen wird, widrigenfalls diese vertagt werden muß.[29])

(beiläufig) und bei Gruchot 29 1056. Danach wäre es möglich, daß das Urteil rechtskräftig würde, ohne daß die Hauptpartei überhaupt weiß, daß die Frist begonnen hat! Mindestens müßte das Gesetz dann fordern, daß der Hauptpartei eine Nachricht über die geschehene Zustellung zu geben wäre. [25]) RG. JWSchr. 1906 S. 564.

[26]) Ganz anders ist es beim Vertreter einer Partei (§§ 171 I, 176 9).

[27]) Arg. § 71 III, den man zu eng auslegt, wenn man nur die Zuziehung zur Verhandlung verlangt (so Gaupp-Stein, Erl. II 26 gegen Wach I 643/4). Das „Hauptverfahren" in § 71 III ist nur der Gegensatz zu dem Zwischenstreit des § 71 I, II. Richtig sprechen auch die Motive (zu § 67 des Entwurfs) ganz allgemein von einer „Zuziehung im Prozesse".

[28]) Hat der Gegner nur die Hauptpartei geladen und erscheint weder diese noch der Nebenintervenient, so kann der Gegner kein Versäumnisurteil erlangen.

[29]) So die Praxis des RG. 17 S. 388/9, 411, im Ergebnisse auch Wach I 644 22, Gaupp-Stein, Erl. II 30, 31. Streitig bleibt also der Fall, wenn das Urteil dem Nebenintervenienten nicht zugestellt wird und die Rechtsmittelfrist verstreicht. Das braucht keineswegs auf dem Willen der Hauptpartei zu beruhen.

c) In dem eigenen Prozeßführungsrecht und dem Widerspruchsrecht (a) hat die Partei das einzige, aber auch völlig genügende Mittel, um zu verhüten, daß der Prozeß durch die dem Nebeninterventienten zustehende Prozeßführung einen ihr nicht erwünschten Verlauf nehme. Allerdings ist sie auch gezwungen, von diesem Mittel rechtzeitigen Gebrauch zu machen und ihrerseits den Nebeninterventienten zu überwachen.[30])

d) Entgegen dem Wortlaut und Sinn des § 67 [2] werden vielfach Einschränkungen bezüglich der zulässigen Prozeßhandlungen behauptet.

Man sagt, daß der Nebeninterventient nur solche Handlungen vornehmen dürfe, die die Partei in ihrem Obsiegen unterstützen, nicht aber solche, die ihr nachteilig seien. Insbesondere Geständnisse werden ausgenommen.[31]) Aber abgesehen davon, daß sich die Frage, ob ein Vorbringen oder die Zustellung eines Urteils[32]) günstig oder ungünstig wirken, zuweilen erst nach dem späteren Verlauf des Prozesses entscheidet, würde das Verbot des Geständnisses nichts anderes bedeuten, als daß der Interventient prinzipiell die Wahrheitspflicht (o. § 71) verletzen müsse.[33]) Die Unterstützung ist der Zweck der Nebenintervention, aber nicht Bedingung der Wirksamkeit der Handlungen des Interventienten. Wie weit diese zulässig sind, sagt der § 67 [2] („alle, soweit nicht . . .").

Aus dem richtigen Gesichtspunkte, daß er den Prozeßgegenstand nicht verändern kann (3), wird abgeleitet, daß er nicht in eine Klagänderung einwilligen könne und daß „eine Widerklage nicht gegen ihn zu erheben" sei.[34]) Aber das würde nichts anderes bedeuten, als daß die Hauptpartei dem Gegner den Gebrauch seiner prozessualen Befugnisse durch Ausbleiben verschließen könnte. Wäre gar dem Interventienten jedes nachteilige Vorbringen verschlossen, so würde dies in allen Fällen, in denen statt der untätigen Hauptpartei der Interventient die Prozeßführung besorgt, eine schwere Hemmung und eine kaum zu lösende Verwirrung im Verlaufe des Prozesses bedeuten.

Der Interventient ist nur zu Prozeßhandlungen, nicht zu privatrechtlichen Rechtsgeschäften befugt (2). Wegen dieses Grundsatzes lehrt man allgemein, daß der Interventient die Klagerkennung und den sog. Klagverzicht nicht vornehmen könne. Aber es wurde bereits früher nachgewiesen, daß beide Akte, soweit sie in der ZPO. (§§ 306,7) geregelt sind und für den Prozeß in Betracht kommen, Prozeßhandlungen sind.[35]) Ebenso, wie sie den mit Prozeßvollmacht versehenen und den gesetzlichen Vertretern zustehen, kann auch der Interventient sie vornehmen.[36]) In dem freien Widerrufsrecht hat die Hauptpartei auch hier vollkommenen Schutz.

---

[30]) Deshalb braucht die Hauptpartei nur einen solchen Interventienten zu dulden, der an ihrem Obsiege ein rechtliches Interesse hat. Einen Schaden, den er ihr zufügt, fügt er auch sich selbst zu (§ 68, u. S. 513).

[31]) Gegen diese im gemeinen Recht verbreitete, heute noch von Skonietzki-Gelpcke, Erl. 4 A 6, Petersen, Erl. 1, 2 zu § 67 u. a. vertretene Ansicht erklärt sich mit Recht prinzipiell Wach I 641 Nr. 3, Gaupp-Stein, Erl. II d zu § 67. Vielfach werden auf diesen prinzipiellen (unrichtigen) Gesichtspunkt Entscheidungen zurückgeführt, die aus anderen Gründen richtig sind. [32]) Vgl. o. Note 22.

[33]) Über die Frage, inwieweit Geständnisse für die Partei bindend sind, vgl. o. unter a, bes. Note 14.

[34]) So Gaupp-Stein, Erl. II b zu § 66. Nach der Stellung des im Text zitierten Satzes verstehe ich ihn dahin, daß gegen den Kläger keine Widerklagen erhoben werden können, wenn nur sein Nebeninterventient erschienen sei. Daß der Nebeninterventient nicht als Widerbeklagter zur Partei gemacht werden kann, ist natürlich zweifellos. [35]) Vgl. o. S. 387.

Es gibt viele Prozeßhandlungen, welche die Ausübung eines privaten Rechts (eines Gestaltungsrechts) zum Zwecke des Angriffs oder der Verteidigung enthalten. Gibt man zu, daß der Prozeßvertreter in der Prozeßvollmacht die Legitimation zu dieser Art von Prozeßhandlungen hat,[37]) so ist nicht einzusehen, weshalb dem Intervenienten zwar die Geltendmachung einer geschehenen Aufrechnung gestattet, die Erklärung der Aufrechnung aber nach heutigem Rechte verschlossen wäre.[38]) Eine zivilistische Wirkung tritt auch bei den anderen derartigen Prozeßhandlungen ein; sie geht bei manchen von ihnen sogar weiter als bei der Aufrechnung.[39])

e) Kann der Intervenient Rechtsbehelfe vorbringen, die er aus seiner Person entnimmt?

Gewöhnlich bejaht man diese Frage.[40]) Sie bedarf aber einer näheren Prüfung. Dabei ist es vor allen Dingen erforderlich, den vieldeutigen Begriff der Einrede zu vermeiden und die in Betracht kommenden Fragen in nicht mißzuverstehender Weise zu formulieren. Das zivile Recht, eine Leistung zu verweigern, wird im folgenden als Einrederecht bezeichnet.

aa) Zweifellos ist es, daß der Intervenient seine Bestreitung, daß das vom Gegner behauptete Recht bestehe, in jeder Weise begründen kann, so also auch damit, daß ihm selbst dieses Recht zustehe oder daß durch seine Handlung das Recht des Klägers untergegangen sei. In beiden Fällen bringt der Intervenient nichts anderes vor, als was die Hauptpartei selbst geltend machen könnte. Im ersten Falle wird nicht das fremde Recht geltend gemacht (ausgeübt), sondern nur seine Existenz (in ihrer negativen Wirkung) angeführt.

Beispiele für den ersten Satz: Der Intervenient des Beklagten bestreitet die Aktivlegitimation des Klägers, weil dieser ihm die eingeklagte Forderung abgetreten oder durch Vertrag auf Leistung an Dritte ausschließlich verschafft habe[41]) oder weil er der Eigentümer der dem beklagten Mieter aus BGB. § 985 abverlangten Sache sei.[42]) — Beispiele für den zweiten Satz: Der intervenierende Hauptschuldner kann geltend machen, daß der beklagte Bürge nichts schuldig sei, weil er (der Hauptschuldner) gezahlt oder aufgerechnet habe.[43]) Dasselbe kann jeder intervenierende Gesamt-

[36]) Auch hier muß wieder gefragt werden, welchen Verlauf der Prozeß nehmen soll, wenn der Intervenient allein erscheint und anerkennt, daß die Klage ganz oder teilweise begründet bzw. unbegründet sei. Ein Versäumnisurteil kann nicht ergehen. [37]) Über diese Streitfrage s. o. S. 440.

[38]) So die allgemeine Meinung (alle Kommentare, Kohler, ZZP. 20 25, Weismann I § 111⁹). Von Schollmeyers Standpunkt aus, daß die Aufrechnung eine Widerklage enthalte (Kompensationseinrede 87 f.), ist diese Meinung verständlich. — Man beachte, daß in allen Fällen die Verwerfung des Aufrechnungseinwandes Rechtskraft gegen die Hauptpartei schafft (ZPO. § 322 II).

[39]) Vgl. näher o. Bd. 1 § 36 IV S. 253/4.

[40]) So Wach I 643 und die allgemeine Meinung, aber ohne konsequente Durchführung (Note 50). Entgegengesetzt RG. 32 S. 31 (vgl. unten Note 54).

[41]) Das ist eine Einrede im prozessualen Sinne, weil eine rechtsaufhebende Tatsache geltend gemacht wird.

[42]) Übereinstimmend RG. 10 S. 398, 37 S. 425/6, dagegen 17 S. 34 (bei richtiger Entscheidung). — Kommt es darauf an, ob der Kläger der primus creditor ist, so kann der Beklagte geltend machen, der Kläger könne es nicht sein, weil der X primus sei. Also kann es X auch als Intervenient.

[43]) Gleichgültig ist, ob die Aufrechnung schon vor dem Prozesse oder nach seinem

schuldner geltend machen. Wird das Pfandrecht geltend gemacht, so kann der Oberbesitzer mit seiner Forderung aufrechnen, um zu verhüten, daß seinem Unterbesitzer die Pfandsache entzogen wird.[44]) Interveniert der Oberbesitzer, so kann er geltend machen, daß er aufgerechnet habe.

Zweifellos ist es auch, daß der Nebenintervenient solche aus seinen Rechtsverhältnissen entnommenen Einrederechte gebrauchen kann, die der Hauptpartei selbst zustehen.[45])

So kann der Intervenient die aufschiebenden Einrederechte des Bürgen aus BGB. § 770 vorbringen (wegen eines dem intervenierenden Hauptschuldner zustehenden Anfechtungs- oder Aufrechnungsrechts); ebenso das aufschiebende Einrederecht, das dem Schuldner deshalb zusteht, weil die Zession der eingeklagten Forderung durch den Intervenienten angefochten werden kann;[46]) ebenso das Einrederecht des Besitzers aus BGB. § 986 I. 1 (mit Rücksicht auf das seinem intervenierenden Vermieter gegen den vindizierenden Eigentümer zustehende Recht zum Besitz); ebenso das Einrederecht des Beklagten aus BGB. § 986 I. 2 (weil der Kläger nur Herausgabe an den Intervenienten als seinen Unterbesitzer verlangen könne).

Zweifellos **unzulässig** aber ist es, wenn der Nebenintervenient aus den ihm zustehenden Rechten im Laufe dieses Prozesses eine Widerklage erhebt. Sicher ist es auch, daß alle Einwendungen, die er einer gegen ihn erhobenen Klage entgegensetzen könnte, unbeachtlich sind, wenn er sie der gegen die Hauptpartei verfolgten Forderung entgegensetzt und sie auf diese keinen Bezug haben.[47])

bb) Es bleibt die Frage, ob der Intervenient ihm zustehende Gestaltungsrechte, durch deren Ausübung er auf das streitige Rechtsverhältnis der Hauptpartei direkten Einfluß zu üben berechtigt ist,[48]) erst im

---

Beginn stattgefunden hat (außergerichtlich). Wegen der Frage, ob es auch im Prozesse geschehen kann, vgl. u. Note 50.

[44]) BGB. § 268, vgl. ferner §§ 1142, 1224, 1249.

[45]) Hier handelt es sich für den Schuldner wirklich um ein Einrederecht, das seine Grundlage in dem Recht eines Dritten (hier des Nebenintervenienten) hat. Aber der Schuldner gebraucht nicht ein fremdes Einrederecht, sondern sein eigenes. — Über die durch die Beispiele berührten materiellrechtlichen Fragen vgl. Stammler, Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten (in Festg. f. Fitting 1900), Rappaport, Die Einrede aus fremdem Rechtsverhältnisse (1904).

[46]) Die Begründung s. o. Bd. 1 § 48 II, 2 (S. 318/9). — Ist man der (richtigen) Ansicht, daß der Schuldner die Gefahr der Doppelzahlung läuft, wenn er dem Zessionar zahlt, obwohl er weiß, daß die Zession durch den Konkursverwalter angefochten werden kann und soll, so ist die Entscheidung in Seuff. Arch. 45 Nr. 128 keinenfalls haltbar.

[47]) So ist es in dem von Seuffert, Erl. 2 c angeführten Falle (der intervenierende Gesamtschuldner beruft sich auf die Verjährung, die nur gegen ihn eingetreten ist). Ebenso im Falle RG. 37 S. 425. Würde der den Hauptschuldner unterstützende Bürge dem Gläubiger die Bürgeneinreden der §§ 770/1 BGB. entgegensetzen, so wäre das ebenfalls aus dem im Texte bezeichneten Gesichtspunkte unzuläsig.

[48]) Über Gestaltungsrechte — diesen Namen schlägt Seckel, Gestaltungsrechte (Festgabe für Koch 1903) statt des Namens: Rechte des rechtlichen Könnens vor — vgl. o. Bd. 1 §§ 34/5. Die Einrederechte sind eine besondere Art derselben (Bd. 1 § 37). Die prozessualen E. (Bd. 1 §§ 27/8) können für unsere Frage nicht in Betracht kommen. So kann z. B. der Intervenient nicht rügen, daß der Kläger bereits mit ihm in einem Prozesse liege, aus dem er selbst (der Intervenient) die Einrede der Rechtshängigkeit erheben dürfte, wenn er verklagt wäre.

Prozesse zur Unterstützung der Hauptpartei geltend machen darf. Kann also der intervenierende Hauptschuldner den Bürgen dadurch befreien, daß er im Prozesse eine ihm zustehende Forderung aufrechnet?[49]) Dies ist zu bejahen,[50]) da der Nebenintervenient eben nicht Vertreter ist[51]) und das Gesetz (§ 67 „alle") ihn im Gebrauch der für das abzuurteilende Rechtsverhältnis relevanten Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht beschränkt.[52]) Gilt dies für die Aufrechnung, so ist aber auch nicht einzusehen, weshalb der Intervenient ein ihm zustehendes Anfechtungsrecht nicht sollte gebrauchen können, wenn dadurch die Hauptpartei befreit wird.[53]) So gelangt man dahin, die an die Spitze dieses Absatzes (bb) gestellte Frage generell zu bejahen.[54])

5. Sollen die Handlungen des Intervenienten wirksam sein, so muß er sie **als solcher** vornehmen. Er darf sich nicht zum Subjekt des Prozesses machen wollen; er darf nicht versuchen, die Partei zu verdrängen und ein Urteil zu erzielen, wie es gefällt werden müßte, wenn er Partei wäre. Um dem bezeichneten Erfordernisse zu genügen, ist es, wenn er sich einmal als Nebenintervenient angeschlossen hat, hinreichend, wenn er mit Beziehung auf den anhängigen Prozeß seiner Partei tätig wird; er braucht nicht jedesmal ausdrücklich immer wieder von neuem zu sagen, daß er als Nebenintervenient handle.[55])

Nicht hat er zu sagen, daß er im Namen der Hauptpartei handle. Dies wäre im Sinne der modernen Rechtssprache[56]) sogar ein juristisch

[49]) Weitere derartige Aufrechnungsbeispiele s. o. bei Note 43/4.

[50]) So auch, obwohl prinzipiell die an die Spitze gestellte Frage (S. 505) bejaht wird: Seuffert, Erl. 2 c a. E., Gaupp-Stein (9) bei Note 13 zu § 67, ferner Kohler, ZZP. 20 25, Schollmeyer, Kompensationseinrede 87. — A. M. Skonietzki-Gelpcke, Erl. 2 c (S. 168), Petersen, Erl. 6 zu § 67 u. a. Gegen RG. JWSchr. 1894 S. 8 vgl. RG. 32 S. 31 (u. Note 54).

[51]) Dieser kann gewiß mit seinen Forderungen im Prozesse nicht aufrechnen.

[52]) Leitet man ein Bedenken daraus ab, daß die Entscheidung über die aufgerechnete Gegenforderung im Verhältnis des Klägers und des Intervenienten nicht rechtskräftig werde, so ist zu erwidern, daß diesem gegenüber die Rechtskraft (ZPO. § 322 II) auch dann fehlt, wenn die Aufrechnung als eine außergerichtlich geschehene geltend gemacht wird (Note 43). — Jedenfalls entfällt das bezeichnete Bedenken bei der streitgenössischen Intervention.

[53]) Gegenüber der Klage des Zessionars kann also der Zedent als Intervenient die Zession unwirksam machen, sowohl durch die gewöhnliche wie durch die konkursmäßige Anfechtung. Hat der Verwalter eine Sache vermietet und wird sie dem Mieter von einem Dritten, dem der Gemeinschuldner sie im letzten Jahr vor der Konkurseröffnung geschenkt und durch constitutum possessorium übertragen hatte, abvindiziert, so bewirkt der intervenierende Verwalter durch die Anfechtung, daß die Klage abgewiesen wird. — Neuere Literatur über die Wirkung der konkursmäßigen Anfechtung (= den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, wie es § 29 KO. sagt): Kipp bei Windscheid (9) 2 § 463 a S. 1020.

[54]) RG. 32 S. 31 sagt: „Daß in diesem Falle der Nebenintervenient alle seine Rechte geltend zu machen befugt sein muß, versteht sich von selbst." Der entschiedene Fall war Streitverkündigung nach § 76 ZPO. ohne Übernahme des Prozesses, wird also durch die Eigentümlichkeit des § 76 nicht berührt.

[55]) Vortrefflich wendet diesen Grundsatz das RG. in JWSchr. 1906 S. 563 an.

[56]) Anders ist der Sinn des Ausdrucks: nomine alterius. Vgl. o. S. 347[1].

ungenauer Ausdruck seiner Absicht, als Nebenintervenient für die Partei zu handeln; noch ungenauer wäre der Ausdruck, er handle in Vertretung der Partei. Im Namen eines anderen handeln heißt in der Sprache der neuen Gesetze, daß man als Vertreter handelt.[57]) Vertreter der Hauptpartei aber ist der Nebenintervenient nicht (IV).

IV. Die vom Nebenintervenienten gehörig vorgenommenen und durch rechtzeitigen Widerspruch der Hauptpartei nicht entkräfteten Prozeßhandlungen (III 2) sind „**wirksam**" (§ 67 [2]). Das heißt: Sie sind maßgebend für die Entwicklung des Prozeßverhältnisses und so auch für das Endurteil des Prozesses, in dem über das zwischen der Hauptpartei und ihrem Gegner streitige Rechtsverhältnis (und nur über dieses) rechtskräftig entschieden wird.

Um diese direkte Einwirkung auf die prozessuale Rechtslage der Hauptpartei zu erklären, ist es weder nötig noch zulässig, den Nebenintervenienten als ihren „Vertreter kraft eigenen Rechts" zu betrachten.[58])

Dies ist abzulehnen, aber nicht deshalb, weil der Vertreter statt der Partei, der Intervenient aber neben der Partei handle[59]) (denn der Intervenient kann sowohl neben als auch statt ihrer handeln (S. 500), und der Vertreter[60]) kann — sowohl als „Beistand" wie als gewöhnlicher Vertreter — neben der Partei stehen); auch nicht deshalb, weil die Partei die Handlungen des Nebenintervenienten durch Widerspruch entkräften kann[61]) (denn dies ist auch beim Vertreter möglich,[62]) beim streitgenössischen Nebenintervenienten aber nicht); auch nicht deshalb, weil der Nebenintervenient ein Recht zur Prozeßführung habe (denn ein solches Recht ist, wie z. B. BGB. § 1450 zeigt, sehr wohl mit der Vertretereigenschaft vereinbar).[63]) Vielmehr ist die Kategorie der Vertretung hier abzulehnen, weil, wie sich aus unseren früheren Erörterungen (§ 120, bes. S. 347 f., 351) ergibt, wesentliche Elemente des Begriffs der Vertretung fehlen und das Gesetz die Stellung des Intervenienten in einer Weise geregelt hat, die mit seiner Vertretereigenschaft in Widerspruch steht.

Der Vertreter — nur die wirkliche, die früher sog. direkte Vertretung kommt für unsere Erörterungen in Betracht[64]) — nimmt eine wesentlich andere Stellung

---

[57]) Vgl. o. S. 347 f.

[58]) So bes. Schultze, ZZP. 2 20 f., der mehrfach Zustimmung gefunden hat (Zusammenstellung bei Walsmann 67 [24]) und dessen Ansicht neuerdings von Kisch eingehend verteidigt ist. Auch Petersen, ZZP. 24 324 f. und Komm. Erl. 1 zu § 66 schreibt dem Nebenintervenienten ein „beschränktes Vertretungsrecht" zu. — Von anderen Schriftstellern (z. B. Reincke, Erl. 1 zu § 67) wird der Nebenintervenient als Beistand (kraft eigenen Rechts) bezeichnet. Richtig verstanden bedeutet das nichts anderes, als daß er Vertreter ist (o. § 134). Nimmt man den Ausdruck nicht im Sinne des § 90 ZPO., so sagt er nichts Bestimmtes.

[59]) So Wach I 614. [60]) Vgl. o. S. 449 f. und S. 472 f.

[61]) So Walsmann 58, der S. 54—73 die aufgestellten Ansichten einer kritischen Besprechung unterzieht, auf deren Einzelheiten nicht eingegangen werden kann.

[62]) Vgl. näher o. S. 449 f. [63]) Vgl. Bd. 1 § 32 I, 4.

[64]) Sind die Streitenden nicht einig, in welchem Sinne die Vertretung gemeint ist, so ist der Streit nutzlos. Operiert man mit einem Begriff der Vertretung, der so allgemein ist, daß auch derjenige, der im eigenen Namen für fremde Rechnung handelt, als Vertreter bezeichnet wird, so kann gegen die Bezeichnung des Nebenintervenienten als Vertreter nichts eingewendet werden. Freilich ist dann über seine rechtliche Stellung auch nichts Bestimmtes gesagt (o. S. 346 f., 362).

ein, als der Intervenient. Weder ersetzt das Interventionsinteresse die Legitimation eines gesetzlichen Vertreters oder die Bevollmächtigung, noch ist der zur Vertretung Berechtigte als solcher befugt, als Nebenintervenient aufzutreten. Hat die Partei einen Vertreter und einen Nebenintervenienten, so ist deren Stellung von der von Mitvertretern durchaus verschieden. Damit eine Person als Vertreter bezeichnet werden kann, genügt es nicht, daß sie in fremden Angelegenheiten und mit Hinweis auf den Geschäftsherrn und mit Wirkung für und gegen ihn[65]) handelt, sondern die Wirkung der Handlung muß den Geschäftsherrn völlig treffen sollen und bei legitimierter Vertretung auch treffen: also so, als hätte dieser selbst gehandelt. So ist es aber beim Nebenintervenienten keineswegs. Während der legitimierte Vertreter dem Prozeßverhältnisse und seinen Wirkungen (insbesondere der Prozeßkostenpflicht als einer charakteristischen Folge der Parteieigenschaft) völlig fern bleibt, tritt die Prozeßkostenpflicht zu Gunsten des Nebenintervenienten und zu Lasten des Gegners oder zu Lasten des Intervenienten ein.[66]) Weitere charakteristische Differenzpunkte betreffen: die Zulässigkeit der vorzubringenden Rechtsbehelfe;[67]) den Nachweis der Vertretungsbefugnis und des Interventionsrechts und die Folge ihres Mangels;[68]) das Verhältnis der Partei zu den vorgenommenen Handlungen;[69]) die Frage, wer Zustellungsadressat ist (Note 26); die Folge des Todes des Prozeßführers und anderer in seiner Person eintretender Ereignisse;[70]) die Wirkung des Urteils im Verhältnis zwischen Partei und Prozeßführer (VI).

Der Nebenintervenient ist zwar nicht Partei (o. I 1, S. 497). Aber er selbst steht — im Gegensatz zu allen Vertretern — in einem prozessualen Rechtsverhältnis eigener Art,[71]) welches — wie das gewöhnliche Prozeßverhältnis durch die Klagerhebung — durch die Beitrittserklärung entsteht und einer selbständigen Entwicklung fähig ist (o. § 136). Seine Eigenart besteht darin, daß es akzessorisch neben dem Hauptprozeßverhältnisse steht und so von dessen Bestehen und dessen Entwicklung abhängig ist (im Gegensatz zu dem selbständigen, wenn auch mit ihm in Beziehung stehenden Prozeßverhältnisse des Streitgenossen).

Zur Erklärung dient der Begriff der Prozeßstandschaft.[72]) Sie bedeutet in der regelmäßigen, vollkommenen Gestalt, daß ein Dritter befugt ist, im eigenen Namen als **Partei** (als Kläger oder Beklagter) den Prozeß über ein fremdes Rechtsverhältnis zu führen. Der Nebenintervenient hat

---

[65]) Würden diese Momente zum Vertreter stempeln, so wäre der Ehemann, der das Vermögen der Frau verwaltet, ihr privatrechtlicher Vertreter, und prozessual wäre in allen Fällen der Prozeßstandschaft der Prozeßführer nicht Partei, sondern Vertreter. Der Staatsanwalt wäre in allen Fällen Vertreter des Interessenten. Hierauf ist o. S. 307, 308 und S. 366 schon hingewiesen. Auf S. 366 Zeile 6 von oben ist, wie der Zusammenhang von selbst ergibt, statt ebenso natürlich ebensowenig zu lesen. Der Druckfehler ist mir leider entgangen.

[66]) § 101, vgl. u. V 2 b (S. 511). S. auch Note 92.

[67]) S. o. bei Note 40 f. (bes. Note 51). [68]) S. o. § 136 bei Note 20, 31.

[69]) S. o. S. 500/2 (Note 12).

[70]) Vgl. einerseits o. S. 455 f., anderseits o. § 136 IV (S. 496). — Bezeichnet man trotz aller dieser Unterschiede den Nebenintervenienten als Vertreter, so ist das eine der Definitionen, die mehr schaden als nützen.

[71]) So schon Wach I 614/5.

[72]) Das hat Kohler, ZZP. 12 108, Prozeß als Rechtsverhältnis 96 f., Enzykl. 2 86/7 richtig erkannt. — Vgl. näher über den Begriff o. S. 307, 362 f.

die Befugnis, im Prozeß des Geschäftsherrn die Prozeßführung zu besorgen. Dieses sein Prozeßführungsrecht[73] ist nicht der Ausfluß eines Verwaltungsrechts, das ihm hinsichtlich des abzuurteilenden Rechtsverhältnisses zustünde,[74] sondern eine von der ZPO. verliehene, rein prozessuale Befugnis.[75]

Will man mit einem ganz kurzen Ausdruck die Stellung des Nebenintervenienten bezeichnen, so führt uns das Gesetz, in dem es mehrfach §§ 67[8], 101, 265[II, 3], 449 von der Hauptpartei spricht, von selbst auf die Nebenpartei.

Dieser Ausdruck[76] ist ungemein bezeichnend und treffend; er könnte im Gesetz passend an die Stelle des bisher üblichen Ausdrucks gesetzt werden. Er schließt die Vertretereigenschaft des Nebenintervenienten bestimmt aus. Er ist Partei, also Subjekt eines prozessualen Rechtsverhältnisses, aber nur Nebenpartei, also nicht im gewöhnlichen Sinne (auch nicht Mitpartei, Streitgenosse), sondern nur akzessorisch (o. S. 497 I i. A.). — Die statt dessen vielfach gebrauchte Formel „Gehilfe der Partei zu eigenem Recht in eigenem Namen und auf eigene Rechnung"[77] erscheint mir nicht besser. Der Begriff des Gehilfen ist ganz unbestimmt. Erst durch den Zusatz: „im eigenen Namen" muß diese Art von Gehilfe (auch der Anwalt ist es!) vom Vertreter unterschieden werden. „Partei" drückt dies kürzer aus, ebenso auch, was die beiden anderen Zusätze besagen.

V. Das Endurteil ergeht

1. lediglich zwischen den Parteien sowohl bezüglich der Hauptsache (I 1) als auch bezüglich derjenigen Prozeßkosten, die durch die Prozeßführung über die Hauptsache verursacht sind, mag die Prozeßführung von der Hauptpartei selbst oder ganz oder teilweise von dem Nebenintervenienten[78]) vorgenommen sein. Unterliegt die Hauptpartei, so wird sie nach der Regel (§ 91) in die Kosten verurteilt.[79])

[73] Über diesen Begriff s. o. Bd. 1 § 25 S. 155 f., bes. bei Note 44 f.

[74]) Wie beim Ehemanne (§§ 1380, 1443).

[75]) Wie bei der Partei nach der Streitveräußerung (§ 265), s. o. § 52 IV. — Auch Walsmann 74 f. operiert mit dem Begriffe des Prozeßführungsrechts; der Nebenintervenient soll die Befugnis haben, das fremde Prozeßführungsrecht mit Zustimmung der Hauptpartei (s. hiergegen o. Note 16) auszuüben. Richtiger scheint es, das Prozeßführungsrecht der Partei und dem Nebenintervenienten zuzuschreiben, letzterem in der abgeschwächten Weise, wie sie sich aus § 67[2] ergibt.

[76]) Vgl. bes. Francke, Die Nebenparteien 1 f. u. ZZP. 27 299, der aber den Begriff nicht scharf faßt und dann doch auf den Vertretergedanken zurückkommt. Der Ausdruck wurde schon in der gemeinrechtlichen Doktrin gebraucht.

[77]) So Wach I 614/5.

[78]) Der Dritte ist, wenn er sich gehörig angeschlossen hat, solange Nebenintervenient, bis er rechtskräftig zurückgewiesen ist. Die Unzulässigkeit kann vorher keinenfalls geltend gemacht werden. Auch wenn das Prozeßgericht sie schon ausgesprochen hat, muß es ihn als Nebenintervenient betrachten, und so auch das Gericht, vor dem das Rechtsmittel verhandelt wird oder welches den Prozeßkostenbetrag festsetzt. Vgl. o. § 136 III (S. 494/5).

[79]) RG. 59 S. 173. Dies gilt auch dann, wenn die Hauptpartei untätig blieb und der Nebenintervenient z. B. ein Rechtsmittel eingelegt hat und dieses zurückgewiesen ist (und zwar auch dann, wenn dies infolge der späteren Prozeßführung der Hauptpartei geschah, so z. B. indem sie nach Einlegung des Rechtsmittels das

Eine Frage des bürgerlichen Rechts, der hierdurch nicht präjudiziert wird, ist es, ob die Hauptpartei (z. B. als Bürge, Geschäftsbesorger) von dem Intervenienten Ersatz verlangen kann. Prozeßrechtlich kann nur in Frage kommen, ob nicht der § 102 ZPO. dann analog anzuwenden ist, wenn der Intervenient durch grobes Verschulden besondere unnütze Kosten veranlaßt hat. Der § 102, der es gestattet, solche Kosten zur Entlastung der kostenpflichtigen Partei einer Nebenperson aufzubürden,[80]) nennt den Nebenintervenienten nicht, dürfte aber auf ihn analog anzuwenden sein.

2. Über die „Kosten, die durch die Nebenintervention veranlaßt sind“ (§ 101), muß besonders erkannt werden.[81])

a) Dies sind keineswegs alle auf der Tätigkeit des Nebenintervenienten beruhenden Kosten (1), auch nicht die Kosten, welche durch den Zwischenstreit über die Zulässigkeit der Nebenintervention entstanden sind,[82]) sondern allein die besonderen Kosten, die durch die Beteiligung am Rechtsstreit für den Intervenienten oder für den Gegner der Hauptpartei[83]) entstanden sind, also vor allem die Kosten des Beitritts,[84]) seiner Vertretung,[85]) der Zustellungen, die von ihm oder an ihn betrieben und nur durch die Nebenintervention nötig wurden.[86])

b) Bezüglich dieser Kosten stehen sich der Nebenintervenient und der Gegner der unterstützten Partei gegenüber. Gerade darin zeigt sich die Eigenschaft des Intervenienten als Nebenpartei.[87]) Diese Kosten müssen im Endurteil[88]) auferlegt werden

---

Urteil anerkannte). Anders ist es, wenn er die Berufung im Widerspruch mit den Handlungen (nicht nur den ihm gegenüber geäußerten Wünschen) der Hauptpartei unwirksam einlegte. Die Begründung dieser Unterscheidung s. o. in und bei Note 9a, 20a, 23. A. M. Skonietzki-Gelpcke, Erl. 4 zu § 101 und bes. Francke, ZZP. 27 294f. Teilweise für uns Gaupp-Stein, Erl. I zu § 101.

[80]) Vgl. näher o. S. 393[50].

[81]) Daß die allgemeine Kostenentscheidung (a) sich nicht auf die Kosten des Textes mit bezieht, nahm schon nach dem früheren Rechte (ZPO. § 96 a. F.) die Praxis des RG. an (RG. 15 S. 418). Die durch die Novelle von 1898 gebrachte Fassung (§ 101 I) stellt dies klar. So auch RG. 56 S. 114.

[82]) In sie kann auch die Hauptpartei verurteilt werden (wenn sie mit ihrem Antrag auf Zurückweisung unterliegt); über sie muß und kann nur das Zwischenurteil entscheiden (anfechtbar nur, aber auch stets mit Beschwerde). Vgl. o. S. 493 a. E. Im Ergebnis einverstanden Gaupp-Stein, Erl. II c zu § 101.

[83]) Nicht für diese selbst. Das zeigt deutlich die Alternative des § 101 I: Gegner oder Intervenient.

[84]) § 70 (o. § 136 I). — Die Kosten der Streitverkündigung sind Kosten, die der Hauptpartei durch den Rechtsstreit entstehen und also zu den Hauptprozeßkosten (1) gehören (u. S. 528).

[85]) So die Anwaltskosten (§ 91 II), die stets erstattungsfähig sind (RG. 13 S. 433). Der Intervenient ist nie genötigt, den Anwalt der Hauptpartei zu wählen. A. M. Seuffert, Erl. 2a zu § 101. Vgl. o. § 136.

[86]) Z. B. bei Ladung der Hauptpartei und des Intervenienten (o. S. 502/3).

[87]) Vgl. o. bei Note 66.

[88]) Durch besonderen Ausspruch (im entscheidenden Teil), Note 81. Ergeht keine Entscheidung zur Hauptsache (z. B. weil die Klage zurückgenommen oder weil von den Parteien — ohne den Nebenintervenienten — ein Vergleich geschlossen wird), so muß doch über die Kosten der Intervention erkannt werden (§§ 308 II, 321). So auch RG. 56 S. 114f.

entweder dem *Gegner*, nämlich dann, wenn er und insoweit als er die Kosten des Rechtsstreits (a) zu tragen hat,[89])
sonst aber dem *Nebeninterventen* (§ 101 I).

Hiernach hängt der Erstattungsanspruch des Intervenienten völlig von dem Ausgang des Rechtsstreits ab.[90]) Unterliegt die Hauptpartei und werden ihr die Prozeßkosten (1) auferlegt, so unterliegt auch der Intervenient in seinem Verhältnis zum Gegner bezüglich der Interventionskosten:[91]) ein Moment, das vor der Intervention in einer schlechten Sache gerade so zurückschreckt, wie die drohende Kostenpflicht vor dem Mißbrauch des Klagrechts.[92])

Bezüglich *dieser Kosten*entscheidung hat der Intervenient vollkommene Parteirechte. Er kann die ihm zuerkannten Ersatzansprüche nach Belieben vollstrecken lassen, er kann ihre Zuerkennung auch im Widerspruch mit der Hauptpartei beantragen und ebenso die Entscheidung über sie anfechten. Jedoch gilt für diese (im *End*urteil enthaltene) Kostenentscheidung die Regel, daß sie *allein* nur in den Ausnahmefällen des § 99 II. III angefochten werden kann, im übrigen also nicht selbständig anfechtbar ist, wenn die Hauptpartei durch ihr Verhalten die Einlegung eines gegen die Entscheidung in der *Hauptsache* gerichteten Rechtsmittels unmöglich macht.

VI. *Die Wirkung des Endurteils auf den Nebenintervenienten* (Interventionswirkung).[93])

1. Soweit das Urteil *konstitutiv* ist, wirkt die vollzogene Rechtsgestaltung gegenüber jedermann, also auch gegenüber dem Nebenintervenienten.[94])

2. Die Rechtskraft als die (prozessual) bindende Kraft der im Urteil enthaltenen *Feststellung* tritt ein 1. *objektiv* nur so weit, als das Endurteil sich über das Bestehen oder Nichtbestehen des durch den *Klagantrag* zur Entscheidung gestellten *Rechtsverhältnisses* ausspricht, also nicht bezüglich der Entscheidung über ein *präjudizielles Rechtsverhältnis* und **niemals**

---

[89]) Dies beurteilt sich nach den erst später darzustellenden allgemeinen Grundsätzen (§§ 91/8, 271 III, 515 III).

[90]) Vergleichen sich die Parteien mit der Folge des § 98, so gelten auch unsere Kosten als gegeneinander *aufgehoben*. Wie die Entscheidung in RG. 56 Nr. 28 die Kosten*teilung* billigen konnte, ist nicht einzusehen.

[91]) Ob er einen Ersatzanspruch gegen die unterlegene Hauptpartei hat, ist eine rein zivilrechtliche Frage. Da er *eigenes* Interesse zu behaupten hat (§ 66 I), so kann er sich schon deshalb auf Geschäftsführung ohne Auftrag nicht berufen. Aber § 826 BGB. *kann* in Betracht kommen (Note 90).

[92]) Ganz anders ist es bei dem Vertreter. Er verlangt Ersatz seiner Aufwendungen, auch wenn seine Partei unterliegt.

[93]) Literatur: Note * vor § 135 (Wach 644 f., Francke, Nebenparteien 127 f., Walsmann, Streitgen. NJ. 128 f., Kommentare zu §§ 68/9), Mendelssohn-Bartholdy § 25 S. 369 f.

[94]) Vgl. o. § 135 (S. 485). — Die Feststellung, daß das Recht auf Rechtsänderung bestand, wirkt nicht deshalb inter omnes, weil es die Rechtsänderung tat. *Hierüber* gelten die Grundsätze unter b.

bezüglich der Tatfragen, deren Beantwortung zur Entscheidung führte (§ 322). 2. Subjektiv beschränkt sich diese Feststellungswirkung prinzipiell auf die Prozeßparteien.[95])

a) Sie bezieht sich also regelmäßig nicht auf den Intervenienten in seiner Beziehung zu dem **Gegner.** Hier ist eine Erstreckung der Rechtskraft möglich, sie beurteilt sich aber lediglich nach allgemeinen Grundsätzen[96]) und tritt nicht schon wegen der Tatsache der Intervention ein. Denn sonst wäre die Vorschrift des § 69 sinnlos.[97])

b) Im Verhältnis des Intervenienten zu seiner Partei hat der Umstand, daß im Prozesse beide Teile an der Beschaffung des Prozeßstoffs mitzuarbeiten in der Lage waren, kraft besonderer Vorschrift[98]) eine Wirkung, die mit der Rechtskraft der **Art** nach insofern völlig gleich ist, als in einem späteren Prozesse der Intervenient mit gewissen Behauptungen „nicht gehört" wird (§ 68).[99]) Aber der **Gegenstand**, auf den sich diese Bindung bezieht, ist viel weiter (α), die **Kraft** der Bindung (β) jedoch viel geringer als bei der normalen Feststellungswirkung des Urteils. Diese ist wegen jener Verschiedenheiten und wegen der Verschiedenheit des Grundes der Erstreckung der Urteilswirkung[100]) von der Interventionswirkung des § 68 zu unterscheiden.

Nach § 68 wird der Intervenient lediglich deswegen, weil er seiner Partei beigetreten ist[101]) oder weil diese, wie hier gleich bemerkt sein mag, ihm den Streit verkündet hat,

---

[95]) Dieser von der herrschenden Lehre und von der Judikatur festgehaltene Grundsatz (Wirkung inter partes) ist neuerdings lebhaft umstritten. (Die Antwort hängt davon ab, ob die von uns als Feststellungswirkung bezeichnete Rechtskraftwirkung eine prozessuale oder — wozu der schlechte Name verleitet — eine materiellrechtliche (also konstitutive) ist. Vgl. o. S. 39, 40.) Gerade auch die §§ 68/9 ZPO. stützen unsere Auffassung in der entschiedensten Weise, ebenso § 74 III (u. S. 524[7]).

[96]) Vgl. die Übersicht o. § 135 IIIa (S. 484).

[97]) Sie stellt sich deutlich als Sondervorschrift für gewisse Fälle dar (S. 521). Sie würde aber in allen Fällen der Nebenintervention gelten, wenn der im Texte abgelehnte Satz (Wach I 645 Nr. 2, Francke, Nebenparteien 95 f.) richtig wäre.

[98]) Den Ausnahmecharakter dieser Vorschriften leugnet die in Note 95 bezeichnete neuere Lehre von der subjektiv unbeschränkten Wirkung der Rechtskraft.

[99]) Besser kann das Wesen der Rechtskraftwirkung als einer auf dem Gebiet des Prozeßrechts liegenden Wirkung nicht gekennzeichnet werden: Die Möglichkeit, in beachtlicher Weise zu bestreiten, wird ausgeschlossen, weil der Richter den Bestreitenden in einem zweiten Prozesse nicht hören darf. Nicht aber hat das Urteil die materielle Rechtslage geändert.

[100]) Dieser Grund ist in den o. § 135 S. 483/4 bezeichneten Fällen ein Abhängigkeitsverhältnis.

[101]) Gleichgültig ist, ob der beigetretene und nicht (rechtskräftig!) zurückgewiesene Nebenintervenient ein Interventionsrecht (o. § 135) hatte (eines der Schutzmittel gegen unbefugte Einmischung und eine Kompensation gegen die Leichtigkeit der Einmischung!). Streitig ist, ob der Satz des § 68[1] auch gilt, wenn der Nebenintervenient vor Beendigung des Prozesses seine Stellung als Nebenintervenient verlor (§ 136 IV, 1). Letzteres ist zu bejahen, da es keinen Sinn hat, einem Dritten, der beigetreten war, nochmals den Streit zu verkünden. (So auch die überwiegende Meinung, a. M. Struckmann-Koch, Erl. 4 zu § 74.) Jedenfalls kann die Partei ihr Interesse gegenüber

α) niemals „mit der Behauptung gehört, daß der Rechtsstreit, wie derselbe dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei" (§ 68 [1]). Die Richtigkeit ist unbestreitbar nicht nur hinsichtlich der (nach § 322 allein rechtskraftsfähig entscheidbaren) Hauptfrage, sondern auch bezüglich der präjudiziellen Rechtsverhältnisse und ferner — worüber es keine Rechtskraft gibt — hinsichtlich der beurteilten Tatfragen, kurz gesagt: hinsichtlich der gesamten tatsächlichen und rechtlichen Grundlage des Urteils.[102])

Praktisch von Bedeutung ist namentlich diese bindende Kraft der Entscheidung über die Urteilselemente, so z. B. über die Mangelhaftigkeit der Kaufsache (RG. 45 S. 355), über die ordnungsmäßige Verladung (RG. 55 S. 237 f.), über die Fehlerhaftigkeit des Wechselprotestes,[103]) über die Frage, ob die nach BGB. § 986 I. 1 erhobene Einrede begründet war, über das Bestehen der Hauptschuld (im Bürgenprozesse ist sie nur eine Vorfrage).[104]).

β) Zulässig, jedoch nur in sehr beschränktem Maße, ist die von alters her sog. exceptio mali processus, d. h. die Behauptung, daß die Hauptpartei durch mangelhafte Prozeßführung es bewirkt habe, daß der „Rechtsstreit" dem Richter unvollständig oder falsch „vorlag", daß also eine andere Entscheidung erfolgt sein würde, wenn der Prozeßstoff richtig vorgelegt worden wäre. Dies hat der Intervenient, wenn er die Entscheidung nicht gelten lassen will, darzulegen und ev. zu beweisen. Damit bricht er[105]) die Kraft des Urteils und bewirkt, daß über die Frage ohne Rücksicht auf das Urteil entschieden werden darf.[106])

Diese Behauptung, daß der Rechtsstreit von der Hauptpartei schlecht geführt worden sei, wird, weil ja der Nebenintervenient ihn selbst führen kann, wenn die Hauptpartei ihn nicht hindert, nur gehört,

aa) wenn von dieser begründete Angriffs- oder Verteidigungsmittel, deren Gebrauch eine andere (materielle) Entscheidung herbeigeführt hätte,[107]) nicht gebraucht oder aufgegeben wurden,

---

dem Nebenintervenienten, der sie im Laufe des Prozesses verläßt, mit Leichtigkeit durch Vornahme der Streitverkündung wahren (§ 74).

[102]) So formuliert zutreffend RG. 45 S. 355, 55 S. 239. Zustimmend Skonietzki-Gelpcke, Erl. 2, Struckmann-Koch, Erl. 1, Seuffert, Erl. 1a zu § 68. A. M. Gaupp-Stein, Erl. II [5] zu § 68 mit Berufung auf § 322. Vgl. auch Note 106.

[103]) RG. bei Gruchot 32 726.

[104]) Weitere Judikatur: RG. bei Gruchot 37 1221 (Baufehler); Seuff. Arch. 46 S. 385 (Hamburg, a. M.).

[105]) Was sonst nicht zulässig ist. Über die Neigung, sogar inter partes eine exceptio doli aus BGB. § 826 abzuleiten, vgl. o. S. 45 [22].

[106]) Davon ausgehend, daß die in § 68 [1] bestimmte Wirkung „volle, unbeschränkte Rechtskraft" sei (S. 396 [1]), gelangt Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen d. R. 398 dazu, daß § 68 [2] dem Intervenienten nur einen Schadensersatzanspruch gewähre. Aber mit diesem Mittel kann der für die Gegner (Note 95) unbequeme § 68 nicht beseitigt werden. Die Erstreckung der Wirkung der Entscheidung ist, wie § 68 [1] deutlich zeigt und auch von Seuffert, Erl. 1a zu § 68 (vgl. s. Erl. 1 zu § 325) anerkannt wird, davon abhängig, daß der Rechtsstreit nicht mangelhaft (kurz gesagt) vorgelegt wurde. Gegen M.-B. auch Gaupp-Stein (9), Erl. I [6] zu § 68.

bb) er selbst aber an ihrer Geltendmachung durch die Lage des Rechtsstreits zur Zeit seines Beitritts[108]) oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei[109]) verhindert worden ist **oder** wenn jene Rechtsbehelfe ihm selbst unbekannt waren,[110]) von der Hauptpartei aber absichtlich oder durch grobes Verschulden[111]) nicht geltend gemacht worden sind.

c) Umgekehrt muß die unterstützte Hauptpartei das nach Beitritt des Nebenintervenienten erlassene Urteil als richtig gelten lassen, wenn **dieser** sich in einem späteren Prozesse auf die Feststellungen des Urteils beruft.[112]) [113]) Das Gesetz bestimmt dies nicht. Aber die Gerechtigkeit fordert, hier den § 68 entsprechend anzuwenden.[114]) Dies führt zu dem Ergebnis, daß die Hauptpartei die Kraft des Urteils dadurch brechen kann, daß sie nachweist, dieses beruhe auf der Versäumung eines Rechtsbehelfes, der

α) ihr selbst ohne grobes Verschulden unbekannt war,

β) von dem Intervenienten aber entweder absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht wurde.

Von praktischer Bedeutung wird dieser Gesichtspunkt in den Fällen, in denen der Intervenient deshalb beitrat, weil er für den Fall des Unterliegens der Hauptpartei seinerseits einen Anspruch gegen diese erheben wollte.[115]) Man nehme folgendes Beispiel. Der Kommissionär hat auf das Kaufgeld für das Kommissionsgut geklagt, dessen Zahlung verweigert wird, weil es in verdorbenem Zustande eingetroffen sei. Auf Grund der Beweisaufnahme hat das Gericht dies angenommen, weiter aber auch, daß die Ursache in mangelhafter Verpackung lag. Nimmt nun der

---

[107]) Gleichgültig ist es, wenn die Hauptpartei auf eine prozessuale Rüge verzichtete, die auf die sachliche Entscheidung ohne Einfluß gewesen wäre (z. B. Rüge mangelhafter Form der Klagerhebung, der Unzuständigkeit).

[108]) § 67 [1] (o. S. 498 II). So z. B. wenn dieser erst in der Revisionsinstanz erfolgte oder wenn die Hauptpartei vorher wissentlich eine (unwahre) Tatsache zugestanden hatte (§ 290). — Dieser Rüge entgeht die Hauptpartei stets durch rechtzeitige Streitverkündigung (§ 74).

[109]) § 67 [2] (o. S. 500). Dahin gehört es, wenn die Partei durch Verzicht auf ein Rechtsmittel das Vorbringen eines Rechtsbehelfs abgeschnitten hat, der eine andere Entscheidung herbeigeführt hätte. So aber auch, wenn die Revisionsinstanz abgeschnitten wurde. Der Verzicht auf das Rechtsmittel allein ist irrelevant, wenn das Urteil richtig ist (was bis auf weiteres anzunehmen ist).

[110]) Hätte er sie kennen müssen, so schadet ihm dies nicht, wenn die Hauptpartei dolos oder culpa lata gehandelt hat. Der § 254 BGB. bleibt außer Betracht. (A. M. Skonietzki-Gelpcke, Erl. 4 zu § 68 gegen Gaupp-Stein Bl. II 7.) Denn es handelt sich nicht um Schadensersatz (Note 106). Sodann: die Interventionswirkung ist unteilbar, § 254 aber setzt Teilbarkeit voraus.

[111]) Dieses kann entweder auf grob fahrlässiger Unkenntnis des Rechtsbehelfs oder auf grob fahrlässigem Nichtgebrauch des bekannten Rechtsbehelfs beruhen.

[112]) So auch RG. 54 S. 354/5. Skonietzki-Gelpcke, Erl. 2 a. E. zu § 68, von anderem Gesichtspunkte aus (Note 106) auch Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen 398 f.

[113]) Beispiel: Die Klage des Käufers (C) gegen B wegen Mangelhaftigkeit ist nach Beitritt des Verkäufers A rechtskräftig abgewiesen. Nun klagt B gegen A wegen Mangelhaftigkeit, indem er behauptet, diese sei, wie er sich nachträglich überzeugt habe, doch vorhanden gewesen und er habe deshalb die Ware zurückgenommen. Würde A nicht interveniert haben, so würde er sich auf jenen Prozeß nicht berufen können.

[114]) Vgl. dazu i. allg. o. § 93, bes. S. 164/6, 169 f.

[115]) Die Überwachung der Hauptpartei ist hier der Zweck, vgl. o. S. 486 zu β.

Kommittent den abgewiesenen Kommissionär in Anspruch, so muß dieser jene Feststellung in der Regel gegen sich gelten lassen.[116]) Er braucht es aber nicht, wenn er nachweist, daß der Kommittent grob fahrlässig versäumte, solche dem Kommissionär unbekannte Momente geltend zu machen, aus denen zu schließen gewesen wäre, daß der Verderb der Ware nur durch die Gefahren des Transports verursacht wurde.

§ 138.

b) Die Sonderstellung des selbständigen (streitgenössischen) Nebenintervenienten.*)

I. Die hierher gehörigen Fälle.[1])

Der Nebenintervenient hat eine Sonderstellung,

1. wenn die Feststellung, die über den Prozeßgegenstand zwischen den Parteien ergeht, nicht nur zwischen ihnen Rechtskraft schafft (§ 322), sondern auch in einem Prozesse zwischen dem Intervenienten und dem Gegner der Hauptpartei bindend sein wird. Wann dies der Fall ist, wurde bereits in der Lehre von den Interventionsvoraussetzungen (S. 483,5) dargelegt. Es bestimmt sich mit einer bedeutsamen Einschränkung nach den Grundsätzen über die Erstreckung der Feststellungswirkung, wie sie in der (jetzigen) Prozeßordnung enthalten sind, und die durch zerstreute Vorschriften des bürgerlichen Rechts ergänzt werden;[2])

2. ferner, wenn das Urteil deshalb auch zwischen dem Intervenienten und dem Gegner wirkt, weil es eine Rechtsgestaltung ausspricht und dadurch vollzieht,[3]) nicht aber in den Fällen, in denen das Urteil gegenüber dem Intervenienten nur eine sog. Tatbestandswirkung hat (auch nicht in den o. § 135 S. 487 f. unter c bezeichneten Fällen).

Die bereits erwähnte Ausnahme von dem Grundsatz unter 1 bestimmt der § 265 II, 3 ZPO. für eine große Zahl von Fällen, die an sich unter den § 69 ZPO. fallen, nämlich für alle Fälle der Rechtsnachfolge, welche während des Prozesses eintritt und nicht zur Sukzession in das Prozeßverhältnis führt. Ein solcher Rechtsnachfolger kann intervenieren, aber das Gesetz versagt ihm die Sonderstellung des § 69, damit er nicht auf diesem

---

[116]) Ein weiteres Beispiel bei RG. 54 S. 354,5.

) Literatur: o. § 135 (Wach I 646 f., Schultze a. a. O. 95 f., Kisch 350 f., Francke 94 f. [ZZP. 27 298 f.], Walsmann 191 f., Kommentare zu § 69), Mayoso Iwaya, Die rechtliche Stellung des Nebenintervenienten-Streitgenossen (Diss., 1890), darüber Kleinfeller, ZZP. 16 193 f.

[1]) Ausführlich handelt darüber Walsmann 128 f. Auf manche Differenzpunkte kann erst in der Lehre von der Rechtskraft näher eingegangen werden.

[2]) Inkorrekt verweist § 69 auf die Vorschriften des „bürgerlichen" Rechts (o. 483[11]).

[3]) Darüber o. S. 485, β. — In dem Falle des § 666 III (679) ist es zulässig, daß der dort bezeichnete Dritte sich auch ohne Beiladung einer der Parteien in dem Widerspruchsprozesse (Bd. 1 S. 399) anschließen kann. Auch dann „gilt er als Streitgenosse im Sinne des § 62", d. h. er wird streitgenössischer Intervenient.

Umwege die Befugnisse eines selbständigen Prozeßführers gewinnt.[4]) Ist die Rechtsnachfolge vor dem Prozeßbeginn eingetreten, prozessiert aber der Vorgänger trotzdem wegen des guten Glaubens des Gegners[5]) oder wegen Zustimmung des Nachfolgers[6]) oder aus anderen Gründen[7]) mit Wirkung gegen den Nachfolger, so hat dieser als Intervenient die in § 69 normierte Selbständigkeit in der Prozeßführung (II).[8])

Hat die Klage mehrere Ansprüche geltend gemacht, so ist es möglich, daß der Intervenient nur in Beziehung auf die eine Frage zur selbständigen Nebenintervention befugt ist, in Beziehung auf die andere aber nur gewöhnlicher Nebenintervenient wird[8a]) oder auch gar nicht intervenieren kann.

II. Stellung.

Ein solcher Intervenient (I) „**gilt** im Sinne des § 61 als Streitgenosse der Hauptpartei" (§ 69).

1. Das heißt keineswegs, daß der Dritte von seinem Beitritte an Streitgenosse **sei**.[9]) Das Gesetz **will** nicht bestimmen, daß in diesen Fällen die Erklärung, als Nebenintervenient in einem **fremden** Rechtsstreit mitwirken zu wollen, den Charakter als Nebenintervention verliere und vielmehr die Wirkung einer Anschließung als Streitgenosse habe. Eine solche ist möglich; im Falle des § 856 II ist sie kraft Gesetzes gestattet. Aber sie ist etwas anderes als der Beitritt, der sich auch in den Fällen des § 69 ganz nach der Vorschrift des § 70 vollzieht. Sie ist etwas anderes sowohl inhaltlich als der Wirkung nach. Wer sich wirksam als Streitgenosse anschließt, wird Mitkläger oder Mitbeklagter. Das Gesetz aber bezeichnet

---

[4]) Vgl. o. Bd. 1 § 52 I (hierher gehörige Fälle), III (rechtliche Behandlung).

[5]) Z. B. nach BGB. §§ 407, 412,3. Maßgebend ist die Unkenntnis der Abtretung usw. bei dem Prozeßbeginn. Vgl. über die zahlreichen Fälle o. Bd. 1 §§ 54/5. Gegen Walsmann 182/3 bemerke ich hier nur, daß ich keineswegs nur den § 407 II BGB. analog anwende, sondern in der großen Zahl von einschlägigen Bestimmungen ein zu verallgemeinerndes Prinzip finde (Bd. 1 S. 361).

[6]) Vgl. o. Bd. 1 § 56, vgl. auch Bd. 1 § 53 (auch in den Fällen dieses Paragraphen hat der Intervenient die Stellung des § 69).

[7]) WarenzeichenG. v. 12./5. 1894 § 9, PatentG. v. 7./4. 1891 § 19 II, MusterschutzG. vom 1./6. 1891 § 6 I. Vgl. o. Bd. 1 § 51 [18]. Singulär ist hier, daß der § 69 ZPO. auch dann Anwendung findet, wenn die Veräußerung nach dem Prozeßbeginn stattgefunden hat (Hellwig, Rechtskr. 379, zustimmend Walsmann 186/7).

[8]) Der § 265 II, 3 ZPO. ist keineswegs auf die Fälle des § 407 II BGB. anwendbar. Vgl. o. Bd. 1 § 54 [5, 6].

[8a]) So z. B. wenn die Klage gerichtet ist 1. auf die Reszission des Erbschaftserwerbs des Beklagten (BGB. § 2344), 2. auf Feststellung des Erbrechts, das dem Kläger nach vollzogener Reszission zusteht.

[9]) So v. Canstein, ZZP. 8 237 f., Hellmann 237, Reincke, Erl. 2 zu § 69 u. a. Wach I 651 bezeichnet den Eintritt als eine „inzidente Kumulation" und (aus dem in Note 11 besprochenen Grunde) den Intervenienten „materiell" als Streitgenossen, während er die „formelle" Parteistellung der Hauptpartei zuweist (652). Aber ich bin nicht schon deshalb Partei (auch nicht nur im „materiellen" Sinne), weil über meine Rechtsverhältnisse wirksam entschieden wird (o. S. 307,8), am wenigsten aber dann, wenn die Entscheidung ein für mich nur präjudizielles Rechtsverhältnis bindend feststellt oder gestaltet.

auch in unseren Fällen den beigetretenen Dritten noch als Nebenintervenienten (§§ 101 II, 449).[10]) Es verlangt nicht und läßt aus dem Grunde des § 69 nicht einmal zu, daß die Anträge (bezüglich des Endurteils) geändert werden. Dieses lautet — und das ist der springende Punkt — ohne Rücksicht auf den Beitritt allein auf den Namen der bisherigen Prozeßsubjekte und über das durch die Klage zur Aburteilung gestellte Rechtsverhältnis, nicht aber notwendig über das Rechtsverhältnis des Dritten, für welches jenes nur präjudiziell zu sein braucht.[11]) Wird der Beklagte zur Zahlung verurteilt, so erhält nur der Kläger das Vollstreckungsrecht; die Verurteilung des unterstützten Beklagten gewährt ein solches gegen den Nebenintervenienten nicht; der Eheprozeß, in dem zwar keine Streitgenossenschaft, wohl aber unsere Nebenintervention zulässig ist, spielt sich nach wie vor nur zwischen den Parteien ab. Das Urteil erhält dadurch, daß der Dritte beigetreten ist, in seinem Verhältnisse zum Gegner keine größere Kraft,[12]) als ihm ohne den Beitritt zukäme.[13]) — Dies harmoniert auch durchaus mit den Voraussetzungen der Intervention und mit ihren Folgen (hinsichtlich der Zulassung). Voraussetzung ist nicht, daß der Dritte ein Klagrecht behauptet, wenn er dem Kläger beitritt; ebenso ist nicht erforderlich, daß in seiner Person die Voraussetzungen für die siegreiche Durchführung einer gegen ihn gerichteten Klage vorliegen. Vielmehr ist auch hier lediglich das Interesse an dem Siege der zu unterstützenden Partei erforderlich, aber auch genügend. Ist er beigetreten, so entscheiden die gewöhnlichen Grundsätze über die in § 71 III eigentümlich gestaltete Mitwirkungsbefugnis, die auch in den Fällen des § 69 so lange dauert, bis er rechtskräftig zurückgewiesen ist (o. § 136 III).

Ist aus diesen Gründen, die nicht bestritten oder doch nicht bestreitbar

---

[10]) Diese Vorschriften sprechen trotz § 69 vom Nebenintervenienten, der „als Streitgenosse anzusehen ist".

[11]) Über das Rechtsverhältnis des Intervenienten ergeht es dann, wenn die unterstützte Partei gerade über dieses prozessiert, z. B. in den Fällen der offenen Prozeßstandschaft (o. S. 307[4]) oder in den Fällen der Noten 5/7. Die Behauptung von Wach I 651, daß das Urteil über das Rechtsverhältnis des Dritten zum Gegner lauten müsse, ist nicht haltbar. Präjudizialität genügt. Vgl. Note 12 und namentlich die Fälle, in denen etwa das Eheverhältnis für die Rechtsverhältnisse des Dritten (z. B. des in ZPO. § 632 bezeichneten Dritten) Vorfrage ist und ihm gegenüber wirksam festgestellt oder gestaltet wird. Vgl. auch o. S. 483[4].

[12]) So z. B. nicht, wenn der Ehemann der Ehefrau in einem Prozesse beitritt, den diese (sei es kraft Gesetzes, sei es mit Zustimmung des Mannes) mit Wirkung gegen den Mann führt; vielmehr bedarf es auch dann noch einer Verurteilung des Mannes „zur Duldung der Zwangsvollstreckung". Trotz seines Beitritts wird über diese Verpflichtung nicht entschieden, sondern nur über die für sie sehr bedeutsame Frage nach der Schuld der Frau. Wird der Testamentsvollstrecker verurteilt, so wirkt das Urteil gegen den Erben nicht mehr, als wenn er ohne seine Unterstützung verurteilt wäre, und deshalb bedarf das Urteil auch bei Intervention des Erben keines Vorbehalts (ZPO. § 780 II). Das Urteil ergeht nach wie vor nur über die Nachlaßverpflichtung.

[13]) Eine positive, unsere Regel bestätigende Modifikation in ZPO. §§ 629 I, 2, II, 643 enthalten. Vgl. u. Note 25.

sind, der sog. streitgenössische Intervenient nicht Streitgenosse, so muß die Vorschrift des § 69 etwas anderes bedeuten. Sie enthält eine Fiktion. Diese bedeutet aber keineswegs notwendig völlige Gleichstellung der Rechtsfolgen der Tatbestände, sondern hier wie sonst ist die Frage aufzuwerfen, wie weit die Gleichstellung bei der Verschiedenheit der Rechtsstellung eines Streitgenossen und eines streitgenössischen Intervenienten anzunehmen ist.[14])

2. Die Sonderstellung des streitgenössischen Nebenintervenienten regelt das Gesetz außer in § 69 noch in den §§ 101 II, 449.

a) Die Selbständigkeit des Nebenintervenienten. Der § 69 will im Gegensatz zu dem das Regelrecht enthaltenden § 67 nur sagen, daß der Intervenient in unseren Fällen das selbständige, d. h. durch den Widerspruch der unterstützten Partei nicht entkräftbare Prozeßführungsrecht (über das durch die Klage zur Aburteilung gestellte Rechtsverhältnis) habe.[15]) Er ist in unseren Sonderfällen in dieser Beziehung wie ein Streitgenosse zu behandeln. Er kann also z. B. bestreiten, wenn die Hauptpartei gestanden oder anerkannt[16]) hat, und Rechtsmittel einlegen, auch wenn die Hauptpartei verzichtet usw., das alles aber nur zu dem Zwecke, damit nicht durch eine unrichtige Entscheidung über das zwischen den Parteien streitige Rechtsverhältnis indirekt (wegen der sich auf ihn erstreckenden Urteilswirkung) seine eigene Rechtslage gegenüber dem Gegner seiner Partei nachteilig beeinflußt werde.[17]) Was dies im einzelnen bedeutet, ergibt sich aus den Grundsätzen über die Unabhängigkeit, die die Streitgenossen haben. Und zwar sind maßgebend die durch § 62 modifizierten Grundsätze des § 61, also die Grundsätze, die dann gelten, wenn das „Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann“.[18])

---

[14]) Hierüber wird der eigentliche Streit geführt. Über diese Frage dissentieren auch diejenigen, welche, wie wir, in dem streitgenössischen Nebenintervenienten nicht einen Streitgenossen sehen. Auf diesem prinzipiellen Standpunkte stehen: die Praxis des RG. (17 S. 411, 34 S. 363, 42 S. 389f., 44 S. 347, JWSchr. 1894 S. 542 Nr. 3), Schultze, ZZP. 2 96, Kisch 352f., Löning, ZZP. 4 78, Kohler, Beiträge 276, Gaupp-Stein, Erl. II, Seuffert, Erl. 2, Petersen, Erl. 3, Skonietzki-Gelpcke, Erl. 3 zu § 69, Weismann I § 111[14], Walsmann 119f. (S. 106—118 Referat).

[15]) Bereits o. S. 366 III wurde darauf hingewiesen, daß die Stellung des streitgenössischen Intervenienten hinsichtlich seiner Selbständigkeit mit der Stellung des im Eheprozesse mitwirkenden Staatsanwalts zu vergleichen ist. — Walsmann 121/2 schreibt in den Fällen des § 69 dem Intervenienten ein eigenes Prozeßführungsrecht zu, während er ihm in den Regelfällen nur die Befugnis gibt, das Prozeßführungsrecht der Hauptpartei auszuüben (dazu o. S. 510[75]), so daß also die beiden möglichen Gestaltungen konstruktionell wesentlich verschieden wären.

[16]) So auch dann, wenn das Anerkenntnis vor seinem Beitritt abgegeben ist. Nur muß noch eine Möglichkeit zu neuem Vorbringen bestehen; es genügt also, daß er noch Berufung gegen das Anerkenntnisurteil einlegen kann. Um das Gesagte zu rechtfertigen, braucht man keineswegs mit Walsmann 123/4 anzunehmen, daß der § 67 I im Falle des § 69 nicht anwendbar sei. Vgl. u. 3a (S. 520).

[17]) RG. 34 S. 361, 42 S. 392, 44 S. 345 u. in Seuff. Arch. 39 S. 468.

[18]) In § 69 ist der § 61 zitiert. Man hat gemeint (z. B. Wach I 651/2, v. Canstein, ZZP. 8 S. 238, Kohler bei Gruchot 30 488), daß das Zitat unrichtig sei und § 62 anzuführen gewesen wäre. Allein der angeführte § 61 will gar keine

b) Eine Besonderheit gilt hinsichtlich des Eides. Der selbständige Nebeninterventient ist fähig sowohl für den zugeschobenen und zurückgeschobenen, wie für den richterlichen Eid.[19]) Daraus folgt, daß er in diesem Prozesse nicht als Zeuge oder Sachverständiger vernommen werden kann, obwohl er ein Dritter bleibt. Es können auch Editionsanträge (§ 421) gegen ihn gestellt werden.

c) Abweichend ist die Prozeßkostenpflicht geregelt. Das Gesetz (§ 101 II) bestimmt, daß gegenüber demjenigen Nebeninterventienten, der als Streitgenosse gilt, die Vorschriften maßgebend sind, die für den Fall gelten, daß der unterliegende Teil aus mehreren Personen besteht (§ 100). Also trägt der selbständige Nebeninterventient, wenn der Gegner siegt, nicht nur die Kosten der Intervention, sondern ihn trifft die allgemeine Prozeßkostenpflicht, und zwar in der Regel nach Kopfteilen.[20]) Der § 100 III ermöglicht es, daß er allein in die Kosten der Rechtsmittelinstanz verurteilt wird, wenn er diese gegen den Willen der Hauptpartei beschritten hat; dasselbe gilt von den Kosten eines besonderen, namentlich eines unter Widerspruch der Hauptpartei vorgebrachten Angriffs- oder Verteidigungsmittels. Durch Zurücknahme der Intervention kann er sich der Prozeßkostenpflicht nicht entziehen.[21])

3. Im übrigen sind die Grundsätze über die Stellung des gewöhnlichen Nebeninterventienten auch für den selbständigen maßgebend.

a) So insbesondere die in § 137 unter II (S. 408) dargestellten. Der Interventient bleibt Nebenpartei. Er kann dem Rechtsstreit nicht einen anderen Inhalt geben (auch nicht durch Widerklage).[22]) Aus der Tatsache der Intervention kann eine Einrede der Rechtshängigkeit gegen eine vom Interventienten erhobene Klage (auch gegen die Hauptintervention) nicht abgeleitet werden. — Auch der streitgenössische Nebeninterventient ist im Prozeß nur zu Prozeßhandlungen befugt (o. § 137 III 2), zu diesen aber ohne Ausnahme (2a). Die Konsequenzen, die wir oben (S. 503) aus dem Recht auf Teilnahme am Prozesse zogen, das dem gewöhnlichen Interventienten zusteht, sind für unsere Fälle unbestritten.[23]) Rechtsmittel legt auch der selbständige

---

erschöpfende Norm sein. Der Vorbehalt des § 61 („insoweit") bezieht sich auch auf § 62, dessen Inhalt sich in Beziehung auf unseren Fall übrigens insoweit von selbst versteht, als der § 62 vorschreibt, daß der Säumige „als durch den nichtsäumigen vertreten anzusehen ist". Vgl. o. S. 508 f. u. dazu S. 366 IV.

[19]) § 449 (476), vgl. § 472. [20]) § 101 I, s. dazu o. S. 511.

[21]) A. M. Walsmann 242.

[22]) O. S. 499. Die Zurücknahme der Klage (in allen Fällen des § 271) oder einen Prozeßvergleich kann auch der selbständige Nebeninterventient nicht hindern. Er hat auch kein Interesse daran. Der Prozeßvergleich hat nicht die Wirkung der Rechtskraft, und nur vor ihren nachteiligen Folgen soll der § 69 ihn schützen. Ob die materielle Regelung gegenüber dem Interventienten wirksam ist, ist eine Frage des bürgerlichen Rechts. — So hindert der § 69 auch nicht die Wirkung des § 628 (der Prozeß erlischt auch gegenüber dem selbständigen Nebeninterventienten).

[23]) RG. 17 S. 411 (Urteilszustellungen), RG. 48 S. 417 u. 49 S. 427 (Zustellung des Rechtsmittelschriftsatzes muß auch an den Nebeninterventienten erfolgen).

Nebenintervenient als solcher ein. Er ist also nicht Berufungskläger, sondern Nebenintervenient der Partei, die er durch seine Handlung in die Rolle des Berufungsklägers bringt.

b) Wirkung des Endurteils.

α) Verhältnis zum Gegner. Daß in den Fällen des § 69 das zwischen den Parteien ergehende Urteil im Verhältnis des Nebenintervenienten zum Gegner Wirkung hat,[24]) ist Voraussetzung der besonderen Stellung des Intervenienten und nicht etwa ihre Folge.[25])

Bei konstitutiven Urteilen bezieht sich dies auf die Rechtsänderung, die das Urteil ausspricht und vollzieht. Interveniert der Dritte nicht, so kann er zwar wie jeder andere nicht bestreiten, daß die Rechtsänderung mit der Rechtskraft eingetreten sei, aber er ist nicht an die Feststellung gebunden, daß dem Kläger ein Recht auf die Rechtsänderung zustand, anders ausgedrückt, daß diese rechtmäßig vollzogen sei. Hat sich der Dritte als Nebenintervenient angeschlossen, so wird man aus seiner besonderen Stellung, die er nach § 69 hat, wohl den Schluß ziehen dürfen, daß er dem Gegner gegenüber auch an jene Feststellung gebunden ist.

β) Verhältnis des selbständigen Intervenienten zu der unterstützten Partei.

Im allgemeinen gelten die auf S. 513 f. unter b entwickelten Grundsätze. Der Umstand allein, daß das Urteil im Verhältnis des Intervenienten zum Gegner Rechtskraft wirkt, bewirkt nicht etwa auch, daß dem Urteil im internen Verhältnisse absolut bindende Kraft zukommt.[26])

Man nehme an, daß die Ehefrau in den Fällen der §§ 1380², 1443 BGB. oder der Nacherbe (ZPO. § 326) oder der Erbe (ZPO. § 327) im Prozesse des Ehemanns, Vorerben oder Testamentsvollstreckers nicht beigetreten sind (und auch keine Streitverkündigung erhielten): sie haben zweifellos Ansprüche gegen die Partei, der sie hätten beitreten können, wenn diese infolge eines sie verantwortlich machenden Verschuldens unterlegen ist.

Eine wirkliche Erstreckung der Rechtskraft (Feststellungswirkung) des zwischen dem Gegner und der Hauptpartei ergangenen Urteils auf das interne Verhältnis kann aus allgemeinen Grundsätzen folgen.[27]) Die Intervention als solche zieht auch in den Fällen des § 69 nur die in § 68 normierte eigenartige Interventionswirkung nach sich.[28]) Hiernach kann der Intervenient seiner Partei gegenüber nicht behaupten, daß der Rechtsstreit, wie er dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei (§ 68 ¹).

---

[24]) Über die Fälle der gewöhnlichen Intervention vgl. o. S. 513a.

[25]) Keine eigentliche Ausnahme von diesem Satze enthalten die §§ 629 I, ², 643. Die Intervention des ersten Ehegatten (im Nichtigkeitsprozesse wegen Bigamie) ist nicht sowohl der Grund für die Erstreckung der Rechtskraft, als der Grund dafür, daß die Ausnahme von der Regel (der objektiven Wirkung des Statusurteils) nicht zur Anwendung kommt, daß es also bei der Vorschrift des § 629 I, ¹ verbleibt.

[26]) A. M. Gaupp-Stein, Erl. III zu § 68, Schmidt (1) 879 ¹. — Daß das Urteil zwischen dem Rechtsvorgänger und Nachfolger keine Rechtskraft wirkt, wurde schon früher (S. 483[46]) bemerkt.

[27]) Aus ZPO. §§ 629 I ¹, II, 643 I (Wirkung für und gegen alle).

Aber prinzipiell gilt auch hier der zweite Satz des § 68: der Intervenient kann diese bindende Kraft durch den Nachweis schlechter Prozeßführung beseitigen.[29]) Jedoch erleidet die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes (§ 68[2]) tatsächlich insoweit eine Beschränkung, als er lediglich auf der Unselbständigkeit des (gewöhnlichen) Nebenintervenienten beruht. Der selbständige Intervenient kann natürlich nicht geltend machen, daß die Hauptpartei ihn durch ihren Widerspruch verhindert habe, einen Rechtsbehelf zu gebrauchen. Sehr wohl aber ist es möglich, daß er daran verhindert wurde: entweder durch die Lage des Rechtsstreites zur Zeit seines Beitritts oder dadurch, daß ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel ihm unbekannt war.[30]) Beispiele für den ersten Hinderungsgrund ergeben sich leicht, wenn man annimmt, daß der Beitritt erst in der Revisionsinstanz oder zwar früher, aber nach Erlaß eines nicht mehr anfechtbaren Zwischenurteils erfolgte, so z. B. eines solchen, welches in der Berufungsinstanz vom Landgerichte oder in einer nicht revisiblen Sache von dem Oberlandesgericht erlassen wurde.[31]) Hiernach ist es nicht zutreffend, wenn man behauptet, daß der Intervenient sich stets auf Grund des § 69 wirksam gegen nachteilige Prozeßführung der Hauptpartei schützen könne, und daß deshalb der § 68 (Satz 2) in den Fällen des § 69 überhaupt keine Anwendung finden könne.[32])

§ 139.

4. Die Streitverkündung.*)

I. Begriff und Wirkung.

1. Streitverkündung ist dem Sprachsinne nach jede zu irgendwelchem Zwecke erfolgende bloße Benachrichtigung von einem Rechtsstreite. Im technischen Sinne der Reichsgesetze[1]) ist sie die in bestimmter Form von einer Partei oder von ihrem Litisdenunziaten (II, 3) ausgehende, an einen Dritten gerichtete Anzeige von einem anhängigen (inländischen) Rechtsstreit,

[28]) Eine Modifikation gilt nur in den in Note 27 bezeichneten Fällen. Vgl. darüber Note 25.

[29]) Vgl. hierüber näher o. S. 514. Auch der o. S. 515 unter c) aufgestellte Satz gilt in den Fällen des § 69.

[30]) Vgl. dazu näher o. § 137, S. 515[110], [111].

[31]) Mit diesem Nachweis können z. B. die o. nach Note 26 genannten Personen wegen schlechter Prozeßführung gegen die Hauptpartei vorgehen. Im Ergebnisse übereinstimmend Seuffert, Erl. 2 zu § 68, Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen 398, Walsmann 124,5.

[32]) So verstehe ich Gaupp-Stein, Erl. III zu § 69.

*) ZPO. §§ 72/4. — Literatur: Gemeines Recht: Wetzell § 7 Note ** und bei Note 24a f., Fuchs, Die Lehre von der Litisdenunziation (1856). — Heutiges Recht: Wach I § 59, Fitting § 77, Schmidt § 157 IV, Weismann I § 112. — Francke, Nebenparteien 74 f. — Kommentare zu §§ 72 f. — Österr. Recht: ZPO. § 21.

[1]) Vgl. z. B. ZPO. §§ 66, 75,6, 841, BGB. § 209, HGB. § 414.

deren Zweck ist, den Dritten [2]) zur Unterstützung der streitverkündenden Partei zu veranlassen, und welche gesetzlich bestimmte Wirkungen hat, wenn sie formgerecht (III) und unter den im Gesetze bestimmten Voraussetzungen (II) ergangen ist.

2. Diese Wirkungen sind

a) teils privatrechtliche. Sie bestimmen sich nach dem bürgerlichen Rechte.

Nach heutigem Rechte bewirkt die Streitverkündigung Unterbrechung der Verjährung des gegen den Dritten gerichteten Regreßanspruchs (BGB. § 209 II Nr. 4), ferner die Erhaltung der Befugnis zur einredeweisen Geltendmachung des (verjährten) Anspruchs auf Wandelung oder Minderung (BGB. §§ 478, 485, 639) oder doch die Erhaltung des Aufrechnungsrechts wegen eines (verjährten) Anspruchs (HGB. §§ 414, 423, 439). — Materiellrechtlich sind auch die Folgen der Unterlassung der Streitverkündung. Das Reichsrecht knüpft an die Unterlassung keine Rechtsnachteile außer in ZPO. § 841 (die Unterlassung der dem Pfändungspfandgläubiger gebotenen Streitverkündung begründet ein Verschulden und macht ersatzpflichtig). [3]) Ein Verlust des Regreßanspruchs tritt keinenfalls mehr ein. [4]) Wer die Streitverkündung unterläßt, entbehrt nur des Vorteils, sich auf die Interventionswirkung (b) berufen zu können. [5])

b) Die prozeßrechtliche Wirkung der Streitverkündung bestimmt sich ausschließlich nach der ZPO. Sie besteht darin, daß sie dem Dritten kraft Gesetzes [5a]) Veranlassung geben soll, sich dem Streitverkünder als Nebenintervenient anzuschließen, und daß, wenn er es nicht oder nicht so schnell als möglich tut, trotzdem die Interventionswirkung des § 68 (o. § 137 S. 512 f.) eintritt, wobei statt der Zeit seines Beitritts diejenige Zeit maßgebend ist, zu der dieser infolge der Streitverkündigung möglich war (§ 74 III). Die Befugnis zur Streitverkündung bietet der Partei zwar nicht die Macht, den Dritten wider seinen Willen zum Nebenintervenienten zu machen, aber sie ist trotzdem ein wertvolles Mittel, um im Prozesse die Unterstützung und Überwachung des Dritten zu erlangen, weil er, wenn er sie unterläßt, gleichwohl die ergehende Entscheidung als richtig gelten lassen muß.

Dies ist die spezifische prozessuale Wirkung der Streitverkündung, nach der sich heute allein ihr Charakter bestimmt. Weitere oder andere

---

[2]) Der schlechte Ausdruck denuntiatus für denjenigen, dem angezeigt wird, kommt schon in l. 49 pr. D. 5, 1 (o. S. 477 [11]) vor. Auch heute gebraucht man den Ausdruck „Litisdenunziat" oder gar „Streitverkündeter". — Über „Dritte" s. Note 19.

[3]) BGB. § 545 fordert nicht „Streitverkündung", sondern formlose Benachrichtigung, diese aber schon bei jeder Rechtsanmaßung (auch vor Beginn des Prozesses).

[4]) Über die gemeinrechtliche Streitfrage s. Windscheid-Kipp 2 § 391 [11], [12].

[5]) Die österr. ZPO. betrachtet die Streitverkündung an sich als ein Mittel zur „Begründung zivilrechtlicher Wirkungen" (§ 12 I) und unterscheidet von ihr „die Aufforderung zur Leistung der Vertretung im bereits anhängigen oder anhängig zu machenden Rechtsstreite" (§ 12 II). Mit der reinen Streitverkündung („Benachrichtigung") kann diese Aufforderung verbunden werden. Die Streitverkündung der deutschen ZPO. enthält die Aufforderung von Rechts wegen.

[5a]) Vgl. u. III 1 a. Anders die Österr. ZPO. (Note 5).

Wirkungen, die zufällig eintreten (z. B. Hauptintervention des Dritten) oder die sich nur unter hinzutretenden besonderen Umständen anschließen können,[6]) sind bei der Bestimmung des Wesens der Streitverkündung außer Betracht zu lassen. Dieses besteht, wie § 74 I, II deutlich zeigt, darin, daß sie ein Mittel ist, um den Dritten zur Nebenintervention, also zur Unterstützung der anzeigenden Partei zu veranlassen oder doch auf alle Fälle die Interventionswirkung herbeizuführen.[7])

Die Streitverkündung erscheint in den römischen Quellen

α) als Voraussetzung für die Erhaltung des Regreßanspruchs wegen Eviktion. Sie führte, wie schon o. S. 477 bemerkt ist, keineswegs immer zu einer nebeninterventionsartigen Tätigkeit des Verkäufers, sondern machte ursprünglich seine Verpflichtung, an Stelle des Käufers den Prozeß mit dem Evinzenten als alleinige Partei zu beginnen, geltend[8]) und ist in dieser Gestalt ein Rechtsinstitut, das mit dem germanischen Zug auf den Gewerен wesensgleich ist.[9]) Gemeinrechtlich ist dies nicht geworden. Aber im französischen Recht entwickelte sich auf dieser Grundlage das Institut der Garantieklage. Ihre Eigentümlichkeit besteht darin, daß die Anzeige von dem Rechtsstreit die Beiladung des zur Gewährleistung oder Schadloshaltung verpflichteten Dritten enthält,[10]) als Klage den Gewährleistungsanspruch in demselben Prozesse geltend macht und zu einer Verurteilung des Gewährleistungspflichtigen (an den Käufer) führt, falls die ursprüngliche Klage durchdringt.[11])

β) Das römische Recht kennt die denuntiatio als einfaches Inkenntnissetzen[12]) und sodann als die Aufforderung, sich am Prozesse des Denunzianten zu be-

---

[6]) So im Falle des § 76 (wenn der verkündende Beklagte den Oberbesitzer zugleich zur Übernahme des Prozesses auffordert) oder im Falle des § 75 (Umwandlung des Prozesses über die Forderung in einen Streit der Forderungsprätendenten um den vom Beklagten hinterlegten Betrag, wenn der Dritte dem Beklagten als Nebenintervenient beigetreten ist und der Beklagte hinterlegt). Hierüber wird in dem Kapitel über die Veränderungen des Prozeßverhältnisses näher gehandelt werden.

[7]) § 74 III. A. M. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen 460. Er meint, daß Denunziat nur ein solcher Dritter sein könne, der vermöge der materiellen Rechtslage sowieso an das Urteil im ersten Prozeß gebunden wäre. Dies steht im Widerspruch mit dem Gesetz, welches nun einmal auf dem Boden steht, daß die Urteilswirkung sich prinzipiell auf die Personen beschränkt, auf deren Prozeßtätigkeit es beruht. Vgl. o. S. 513[65].

[8]) Vgl. l. 49 pr. D. 5, 1 (o. S. 477 [11]), l. 53 § 1, l. 63 D. 21, 2, l. 85 § 5 D. 45, 1 (denuntiare), l. 47 § 2 D. 21, 2 (convenire ad defendendam rem). Vgl. auch l. 10 § 12 D. 17, 1 (conveniendi desiderandique ut ipse susciperet potius iudicium vel suo vel procuratorio nomine). Unterlag der Verkäufer, der in der im Text bezeichneten Weise statt des Käufers prozessierte, so wurde der Verkäufer in die litis aestimatio verurteilt. Der Käufer wurde gegen die Entziehung der Sache geschützt. Ein Regreßanspruch entstand nicht, weil die Eviktion nicht erfolgte.

[9]) Dies hat Rabel a. a. O. (o. S. 477 [11]) neuerdings wieder mit guten Gründen verteidigt. Bei Wach I 657 findet sich noch die Auffassung, daß die Eviktionspflicht als Pflicht zum defendere spezifisch germanisch sei.

[10]) Code civil Art. 1640, Code de procéd. civ. Art. 175.

[11]) Code de procéd. civ. Art. 181/5. Vgl. RG. 10 S. 392. — Über die Gründe, die zur Nichtaufnahme der Garantieklage geführt haben, s. Motive z. Entwurf S. 93 (nach § 71).

[12]) l. 29 pr. D. 17, 1 (certiorare des Bürgen, um sich vor dem Vorwurf zu bewahren, daß man ein indebitum gezahlt habe).

teiligen (ohne ihn zu übernehmen),[13]) und mit der Folge, daß der Dritte das Urteil anerkennen mußte. Das ist die Streitverkündung nach Art des geltenden Rechts.

Nicht zu verwechseln mit der Streitverkündung ist die in § 856 ZPO. vorkommende Beiladung von Dritten, die ein dem Ladenden **entgegengesetztes** Interesse haben. Auch sie ist Mitteilung über einen Prozeß, aber in Verbindung mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung und nicht etwa zu dem Zwecke, um den Dritten zur Unterstützung des Ladenden zu veranlassen, sondern um ihm Gelegenheit zu geben, sich dem Gegner zur Bekämpfung des Ladenden anzuschließen. So ist es bei dem Drittschuldner, der infolge der Klage des einen Pfändungspfandgläubigers den anderen lädt (§ 856 III). Die Ladung bietet hier dem Drittschuldner das wertvolle Mittel, um dem für ihn **günstigen** Urteil die ihm an sich fehlende Rechtskraft gegenüber dem nicht beitretenden Beigeladenen zu verschaffen.[14])

In dem eben erörterten Falle kann der Dritte sich nachträglich als Streitgenosse (Mitkläger) anschließen.[15]) Anders ist die Situation in dem in § 666 III ZPO. geregelten Falle. Die Ladung der dritten Interessenten (durch den Kläger) ist hier notwendig, damit das Verfahren seinen Fortgang nehmen kann. Kommt der Geladene ihr nach, so hat er sich entweder dem Kläger oder dem Beklagten anzuschließen und wird dann streitgenössischer Nebenintervenient (S. 516 [1]). Diese Art der Beiladung beruht auf der Eigenart des Widerspruchsprozesses (Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses).

---

[13]) So auch die denuntiatio an den Verkäufer (o. S. 477 [11]), ferner an die Vermächtnisnehmer, ut veniant ad arbitrum ibique causam suam agant (über den Stand des für die abzuziehende Quart maßgebenden Nettovermögens), mit der Folge, daß die computatio ihnen präjudiziert (l. 1 § 6 D. 35, 3).

[14]) Es wäre höchst empfehlenswert, dieses Institut zu verallgemeinern. Es ist ein dringendes Bedürfnis für den Beklagten in allen den Fällen, in denen er genötigt ist, mit einem Kläger zu prozessieren, ohne damit den Streit über die im Prozesse zu erledigende Frage zum definitiven Austrag zu bringen. So für den Beklagten, der von einem der Gesamtgläubiger (auch im Falle BGB. § 335) oder von einem der nach §§ 432, 2039 BGB. zur Klage auf Leistung an alle befugten Genossen belangt ist (Hellwig, Anspr. u. Klagr. 185, 192 f.); ferner für den Beklagten, wenn er sich mit dem Ehemann oder dem Vorerben in einen die Ehefrau oder den Nacherben nicht bindenden Prozeß einlassen muß (BGB. § 1380, ZPO. § 327 II), und für den Beklagten, der mit dem Rechtsvorgänger über ein Rechtsverhältnis prozessiert, bezüglich dessen vor dem Prozeßbeginn eine Rechtsnachfolge stattgefunden hat (Hellwig, Rechtskr. 367 [11]). Die Streitverkündung kann hier nicht helfen. Sie hat Wirkung nur für die Fälle, in denen der Denunziant im Falle seines Unterliegens den Anspruch eines Dritten besorgt. Eine Feststellungsklage hilft der in jener Weise bedrängten Partei auch keineswegs immer und führt nicht immer zu einem einheitlichen Verfahren (vgl. ZPO. § 147). Die Motive zum BGB. 3 446 bemerken, das Institut der Beiladung sei der ZPO. nicht bekannt. Das wäre kein Grund, es in der oben bezeichneten Weise nicht aufzunehmen, ist aber auch nicht einmal richtig. Über die große Rolle, die die Beiladung in der deutschen Vergangenheit gespielt hat, und über fremde Rechte vgl. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen 14 f., 56 f. — Die Bemerkungen von Kohler, Enzykl. 2 203 beruhen auf einer besonderen, nicht zu billigenden Auffassung der Hauptintervention und gehen, soweit sie, wie es scheint, de lege lata gemeint sind, zum Teil weiter, als es mit dem Gesetz vereinbar ist.

[15]) Er kann es auch spontan tun (§ 856 II). Das ist eine Besonderheit, deren Verallgemeinerung nicht angezeigt sein dürfte.

II. Voraussetzungen.

1. Die Streitverkündung (im technischen Sinne) setzt voraus, daß der Rechtsstreit bereits anhängig ist. Sie ist dann in jeder Lage des Rechtsstreits möglich.[16]) Doch tritt die volle Interventionswirkung nur ein, wenn die Verkündung so zeitig erfolgt, daß der Dritte, wenn er beitritt, nicht durch die Lage des Rechtsstreits in der Prozeßführung behindert wird.[17])

Nur auf Prozesse, die sich vor einem deutschen (ordentlichen) Gerichte abspielen, beziehen sich die Vorschriften des deutschen Prozeßgesetzes. Erfolgt die Streitverkündigung in einem ausländischen Prozesse, so kann sie nicht die Wirkungen haben, welche das deutsche Gesetz an einen in ihm geregelten Prozeßakt anknüpft. Auch aus § 328 ZPO. kann nicht abgeleitet werden, daß das ausländische Urteil den Dritten binde. Denn die Interventionswirkung ist nicht die Rechtskraftwirkung, die der § 328 allein im Auge hat und ausnahmsweise im Inlande anerkennt.[18]) An den Spruch eines Schiedsgerichts kann ein Dritter, der sich am Schiedsvertrag nicht beteiligt hat, durch die Streitverkündung nicht gebunden werden. Sie hat auch nicht die privatrechtlichen Wirkungen der „Streitverkündung" (o. I, 2 a).

2. Soll sie die Interventionswirkung haben, so ist Voraussetzung, daß die Partei nach der Lage ihrer Rechtsbeziehungen für den Fall eines ihr ungünstigen Ausgangs des Prozesses einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen den Dritten[19]) erheben zu können glaubt oder den Anspruch des Dritten besorgt (§ 72). Die Bedeutung dieser Vorschrift ist bereits in § 135 III 2 b (Seite 485,7) erörtert.

Zweifellos ist es auch, daß der Beklagte berechtigt ist, einem Dritten den Streit zu verkünden, wenn der Dritte das Recht in Anspruch nimmt, welches von dem Kläger als ihm gehörig eingeklagt wird.[20]) Im Prätendentenstreit (nicht nur um Forderungen, sondern auch um andere Rechte und um Sachen)[21]) ist also der Beklagte in der Lage, gegenüber dem dritten Prätendenten die Interventionswirkung herbeizuführen und damit der Gefahr der Doppelverurteilung zu begegnen.[22])

---

[16]) Das Gesetz (§ 72) sagt „bis zur rechtskräftigen Entscheidung". Darüber s. o. S. 579 Nr. 1. — Anders das Österr. R. (o. Note 5).

[17]) § 74 III mit § 68 [2] (o. S. 515 [108]).

[18]) Vgl. o. § 137 S. 513 f. und Bd. 1 § 19. — Übereinstimmend RG. 55 S. 236 f.

[19]) Über die Bedeutung, die der Begriff des Dritten hier hat, s. o. S. 480 f. Nr. 2. Ein Dritter ist auch der Streitgenosse A für das Prozeßverhältnis des Streitgenossen B. Dadurch, daß A Nebenintervenient des B wird, erhält er Befugnisse für den Prozeß des B, die er als Streitgenosse nicht hat (arg. § 61). Also kann B gegenüber dem A auch zur Streitverkündung befugt sein, was freilich nicht denkbar wäre, wenn sie nur die Mitteilung des Rechtsstreits bedeutete. Übereinstimmend RG. JWSchr. 1896 S. 176 Nr. 37. A. M. Gaupp-Stein (9), Erl. I [2] zu § 72.

[20]) Das geht aus § 75 hervor (o. S. 486 γ). Die Frage, ob es auch aus § 72 (Anspruch besorgen) abzuleiten ist, ist zu bejahen. A. M. Gaupp-Stein, Erl. III b zu § 72, weil der Anspruch des Dritten nicht bloß bei ungünstigem Ausgang zu besorgen sei. Aber bei diesem ist die Gefahr vorhanden, und das genügt.

[21]) So auch RG. 10 S. 397, 46 S. 404.

[22]) Vgl. § 148. — Die Römer halfen hier durch Kautionen (l. 47 D. 6, 1).

Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so bringt die Streitverkündung die Interventionswirkung nicht hervor.[23])

3. Der Dritte, dem der Streit verkündet ist, ist zu einer *weiteren* Streitverkündung befugt (§ 72 II), und zwar auch dann, wenn er seinerseits nicht beitritt. Damit führt er die Interventionswirkung in *seinem* Verhältnis zu dem Vierten herbei. Schließt sich der Vierte der Hauptpartei als Nebenintervenient an, so gilt § 68 auch in *ihrem* Verhältnisse.

III. *Form der Streitverkündung.*[24])

1. Nach gemeinrechtlicher Praxis geschah sie dadurch, daß das *Gericht* auf Antrag der Partei den Dritten zur Teilnahme am Prozesse aufforderte.[25]) Daher ist der Name: *gerichtliche* Streitverkündung gebräuchlich geworden. Die ZPO. hat ihn beibehalten, obwohl unter der Herrschaft des Parteibetriebes die gerichtliche Mitwirkung fortgefallen ist. Die Streitverkündung geschieht heute einfach durch *Zustellung eines Schriftsatzes* an den Dritten (§ 73). Da auch in der ZPO. die Streitverkündung als eine Prozeßhandlung aufzufassen ist, die als Bestandteil des anhängigen Verfahrens erscheint,[26]) so muß der Schriftsatz im kollegialgerichtlichen Verfahren durch einen Anwalt unterzeichnet sein (§ 78 I). Aus dem gleichen Grunde kann die Partei im Amtsgerichtsprozesse verlangen, daß der Gerichtsschreiber ihn zu Protokoll nimmt (§ 501).[27]) Er *muß* enthalten

a) die Erklärung, daß dem Dritten der Streit verkündet werde;

Eine Ladung zum Termin ist nicht erforderlich[28]) und, wenn sie erfolgt, *sachlich* bedeutungslos.[29]) Die Aufforderung zum Beitritt braucht nicht *ausdrücklich* in die Erklärung aufgenommen zu werden. Sie liegt, wie schon § 74 II („*lehnt* der Dritte den Beitritt *ab*") zeigt, *kraft Gesetzes* in der Streitverkündung;[30])

b) ferner den „Grund der Streitverkündung", d. h. die Angabe der Rechtsbeziehung, aus der sich das gesetzliche Interesse der Partei an der Streitverkündung (§ 72) ergibt; ferner die Mitteilung über

c) die Lage des Rechtsstreits (im allgemeinen), also ob und welcher Termin anberaumt ist, ob schon eine Entscheidung gefällt ist und welchen Inhalt sie hat, ob ein Urteil schon zugestellt ist usw..[31]) Ist der Schrift-

---

[23]) Man kann also nicht *jeden* Dritten, der zur Intervention berechtigt wäre, durch Streitverkündung an das Urteil binden. Vielmehr muß die verkündende Partei *selbst* ein Interesse daran haben, daß der Dritte sie unterstützt. So wird man z. B. der offenen Handelsgesellschaft die Befugnis zur Streitverkündung an die Gesellschafter abzusprechen haben, ebenso dem Hauptschuldner gegenüber dem Bürgen und dem wegen Erbunwürdigkeit verklagten Erben gegenüber den Nachlaß*schuldnern*.

[24]) Vgl. bes. L. Seuffert, Bl. f. RA. 51 1 f. [25]) Wetzell 54 [36].

[26]) Das erhellt deutlich aus §§ 73 II, 74 II. Vgl. Note 35/6.

[27]) So auch die Kommentare zu § 73.

[28]) Anders, wenn die Streitverkündung als Benennung des Urhebers (nominatio auctoris) wirken soll (§ 76 I). Vgl. o. bei Note 6.

[29]) Über die Kosten, die entstehen, wenn der Dritte ordnungswidrig zur Verhandlung über die *Streitverkündung* geladen wurde, vgl. RG. 4 S. 363, 6 S. 392. [30]) Vgl. o. bei Note 5a.

[31]) Ungenauigkeiten können im späteren Prozesse für die in § 68[2] (mit § 74 III)

satz nicht zugestellt oder fehlt eines der wesentlichen Stücke (a—c), so ist eine wirksame Streitverkündung (I, 2) nicht erfolgt.[32]) Die Interventionswirkung und die privatrechtlichen Folgen der Streitverkündigung sind nicht eingetreten. Hierüber wird natürlich erst in dem späteren Prozesse der Partei mit dem Dritten entschieden.[33]) Für den Prozeß, in dem die Streitverkündung erfolgte, hat diese die Bedeutung, daß 1. die Partei dem Beitritt des Dritten nicht widersprechen kann[34]) und daß 2. der Partei die durch die Streitverkündung entstehenden Kosten von dem in die Prozeßkosten verurteilten Gegner zu erstatten sind, wenn die Streitverkündung „zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig war" (§ 91 I).[35]) Letzteres ist anzunehmen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden und der „Glaube" bezw. die „Besorgnis" des § 74 nach den Umständen veranlaßt waren.

2. Das Gesetz (§ 73 II) fordert, daß Abschrift des Schriftsatzes dem Gegner mitgeteilt wird.[36]) Doch hängt hiervon die Wirkung der Streitverkündung gegenüber dem Dritten nicht ab. Die Unterlassung der Mitteilung an den Gegner hat für den Prozeß, in dem die Streitverkündung erfolgte, Bedeutung, wenn hierdurch die Vertagung der Verhandlung notwendig wird (§ 95).

vorbehaltenen Einwendungen von Bedeutung werden. — Zustellung einer Abschrift der Klage und anderer Schriftsätze ist nicht vorgeschrieben.

[32]) Tritt der Dritte als Nebenintervenient bei, so kann ihm die Mangelhaftigkeit der Streitverkündung überhaupt nicht entgegengesetzt werden (arg. § 66 I).

[33]) Seuffert, Erl. 4 u. Gaupp-Stein, Erl. I a. E. zu § 73 lehren, daß in dem späteren Prozesse das Recht, die Mangelhaftigkeit des Streitverkündungsaktes zu rügen, nach § 295 ZPO. verloren gehen könne. Aber es kann sich hier doch nur um den Verlust eines Angriffs- oder Verteidigungsmittels handeln, eines Vorbringens, von dem es abhängt, ob die frühere Entscheidung bindend ist, ob die Verjährung unterbrochen ist usw., aber nicht um Prozeßrügen im Sinne des § 295.

[34]) Vgl. o. § 136 S. 413.

[35]) So auch die überwiegende Meinung (Seuffert, Erl. 7 zu § 74, Rechtspr. 2 281 [Rostock]). A. M. Gaupp-Stein, Erl. IV zu § 74, der meint, der Streitverkünder könne die Kosten, soweit sie notwendig waren, nur in dem späteren Prozeß gegen den Dritten als Nebenforderung geltend machen. (Aus welchem Grunde? Auch als der im späteren Prozesse Beklagte?) Stein führt als Grund an, die Streitverkündung diene nur dem Interesse der Partei gegenüber dem Dritten. Aber ihr Zweck ist doch in erster Linie, den Dritten zum Zwecke der Unterstützung im anhängigen Prozesse heranzuziehen (o. S. 523), und sie ist eine zum Prozesse gehörige Prozeßhandlung (o. bei Note 26,7). Wenn der Bürge, der nichts mehr schuldet, weil der Hauptschuldner freigeworden ist, diesen herbeiruft, um den (ungerechtfertigten) Angriff abzuschlagen, so ist dies gewiß eine für diesen Prozeß sehr zweckentsprechende Maßregel und sie bleibt es selbst dann, wenn der Hauptschuldner nicht beitritt und die Klage schließlich auch ohne dessen Beihilfe abgeschlagen wird. (A. M. für diesen Fall Skonietzki-Gelpcke, Erl. 4 zu § 74.) Das von Stein angeführte Urteil des OLG. Hamburg (Seuff. Arch. 52 S. 212) entscheidet nur die Frage, ob die Kosten der Streitverkündigung zu den Kosten der Nebenintervention gehören. Es verneint diese Frage (vgl. o. S. 511) mit Recht (allerdings mit der Steinschen Begründung). Muß der besiegte Gegner dem Intervenienten die Kosten der Intervention ersetzen, so wäre es widersinnig, den Streitverkünder die durch Heranziehung des Dritten entstandenen Kosten selbst tragen zu lassen.

[36]) Darin zeigt sich wiederum, daß die Streitverkündung als zum Prozesse gehörig betrachtet wicd und keineswegs nur den Dritten angeht.

Alphabetisches Register.

Die römischen Zahlen I, II bedeuten den Band, die arabischen die Seitenzahlen, falls nicht § vorgesetzt ist.

B.

C.

D.

G.

L.

M.

N.

Q.

R.

T.

U.

V.

Quellenregister.

Die römischen Zahlen I, II bedeuten den Band, die arabischen die Seitenzahlen, falls nicht § vorgesetzt ist.

Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz.

Zivilprozeßordnung.

Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung.

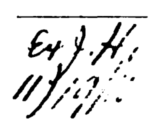
Konkursordnung.

Einführungsgesetz zu dem Gesetz betr. Änderungen der Konkursordnung.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.



Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdr.), Naumburg a. S.

